

**Estudios**

- Régimen jurídico de los gaseoductos internacionales con terceros países en España, tras la reforma llevada a cabo por la Directiva núm. 692/2019, de 17 de abril de 2019, y su transposición mediante el Real Decreto-Ley núm. 34/2020, de 17 de noviembre de 2020  
*Legal framework of international pipelines with third countries in Spain, after the amendment made by Directive no 692/2019, of 17<sup>th</sup> April 2019, and its implementation by means of Royal Decree-Law n° 34/2020, of the 17<sup>th</sup> November 2020*  
ÍNIGO DEL GUAYO CASTIELLA 10
- Marketplaces que personalizan precios a través del *big data* y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?  
*Marketplaces that personalize prices through big data and algorithms: is this practice legal according to European competition law?*  
ISABEL ANTÓN JUÁREZ 42
- El reconocimiento en España del *scheme of arrangement* de derecho inglés tras el *Brexit*  
*Recognition in Spain of the english scheme of arrangement after Brexit*  
ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS 70
- Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español  
*Provisional and protective measures in child return procedures: analysis of Regulation (EU) 2019/1111 in connection with the Spanish legal system*  
ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS 87
- La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la Unión Europea  
*Cross-border protection of personality rights in the European Union*  
MARINA CEDEÑO HERNÁN 110
- Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española  
*Extra-community international minor abduction: issues regarding the obligation of the prompt return of children from the 1980 Hague Convention in Spanish practice*  
CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ 134
- Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano: “How can i just let you walk away?”  
*Brexit and private international law, between Rome, Brussels and Lugano: “How can i just let you walk away?”*  
BERNARDO CORTESE 153

Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español <i>The UNIDROIT principles on international commercial contracts and the effects derived from Covid-19 on contract relations: a perspective from the Spanish Law</i> CARLOS MANUEL DíEZ SOTO / ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA	180
Estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos español y japonés acerca de la responsabilidad por daños morales derivados de la infidelidad conyugal <i>Comparative study of the Spanish and the Japanese legal Systems Regarding liability due to moral damages caused by marital infidelity</i> MARÍA ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI	238
Implicaciones jurídicas y bioéticas de la inteligencia artificial (IA). Especial consideración al marco normativo internacional <i>Legal and bioethical implications of artificial intelligence (AI). Special consideration of the international regulatory framework</i> DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ	255
Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil? <i>The European rules of Civil Procedure: a starting point for civil procedure harmonisation?</i> FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI	277
Brexit: pasado, presente y futuro <i>Brexit: past, present and future</i> CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ	298
Tribunales españoles y Derecho internacional privado: el asunto central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. Historia de un desencuentro palmario... (continuará) <i>Spanish courts and Private International Law: central Santa Lucía v. Meliá Hoteles case. History of an obvious disagreement... (to be continued)</i> AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	346
Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo? <i>Liability of the subsidiary for damages derived for antitrust infringements of the parent company is the principle of effectiveness of European Law at stake?</i> CARMEN HERRERO SUÁREZ	368
Decisiones de retorno contra nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España: consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la Ley de Extranjería con la Directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical <i>Return decisions to third-country nationals illegally staying in Spain: consequences of the (alleged) incompatibility of Law 4/2000 with the Directive 2008/115 and the limits on the vertical direct effect of directives</i> RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ	392
Entendimiento de la convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales por las cortes judiciales: análisis del caso colombiano y sus altas cortes <i>The judicial courts understanding of the united nations convention on contracts for the international sale of goods and the UNIDROIT principles of international commercial contracts: analysis of the colombian case and its high courts</i> ISABEL LÓPEZ PITO / PABLO CASTRO QUINTERO / SEBASTIÁN CAMAYO ORTIZ	412
Ley aplicable a los <i>smart contracts</i> y <i>lex cryptography</i> <i>Applicable law to smart contracts and lex cryptography</i> ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ	445
La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero <i>The effectiveness in Spain of extra-judicial divorces granted abroad</i> NURIA MARCHAL ESCALONA	464
El Derecho internacional privado en la era postcovid <i>Private Internatonal Law in the postcovid era</i> MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ	497

La elección implícita de la ley aplicable a la cláusula de arbitraje en el <i>common law</i> <i>The implied choice of the proper law of the arbitration agreement under the common law</i> JAVIER PÉREZ FONT	533
La corte di cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico <i>The italian corte di cassazione returns on the issue of recognition of islamic repudiations</i> FRANCESCO PESCE	556
Protecting digital platform users by means of Private International Law <i>La protección de usuarios de plataformas digitales por medio del Derecho Internacional Privado</i> ILARIA PRETELLI	578
Eficacia horizontal de las reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento nº 1215/2012 (observaciones al hilo de una cuestión prejudicial retirada) <i>Horizontal effect of the rules on international jurisdiction in Regulation nº 1215/2012 (notes on a withdrawn request for a preliminary ruling)</i> MARTA REQUEJO ISIDRO	590
Le corti tedesche ed il Regolamento (CE) n. 4/2009. Sulle obbligazioni alimentari <i>German courts and the regulation (EC) n. 4/2009. On maintenance obligations</i> GIOVANNA RICCIARDI	612
El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España <i>The minimum vital income in the light of the European Union Law and the international Social Security treaties in force in Spain</i> CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	633
Proprietary Estoppel: an Italian case law perspective <i>Proprietary Estoppel: un'analisi comparata della giurisprudenza italiana</i> LAURA VAGNI	661
El derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial <i>Anti-discrimination private law: drittwirkung and freedom of contract</i> INMACULADA VIVAS TESÓN	675
<hr/>	
<b>Varia</b>	
Kafala y adopción. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio <i>Kafala and adoption. The resolution of the Provincial Court of Barcelona (Section 18) number 220/2020 10 June</i> SALOMÉ ADROHER BIOSCA	698
Acción de despido laboral, ley aplicable y cuestión calificatoria vinculada a la prescripción. A propósito de la Sentencia n.º 300/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social <i>Labour dismissal action, applicable law and qualification issue linked to the prescription: for the purpose of Judgment n.º 300/2020 of the Superior Court of Justice of Madrid, Labour Chamber</i> LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS	706
Plataformas digitales de reservas hoteleras, acciones acumulativas y su impacto en la estrategia de litigación internacional. Comentario a la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2020, c-59/19, <i>wikingerhof</i> vs. <i>Booking</i> <i>Online accomodation booking platfoms, accumulation of obligations and its impact on the strategy of international litigation. Commentary to the ECJ Jugmentof 24 November 2020, c-59/19, wikingerhof vs. Booking</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	718
El foro del domicilio del empleador en los contratos internacionales de trabajo. Un apunte sobre la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de abril de 2020 <i>The forum of the employer's domicile in international labour contracts. A note on the judgment of the Social Chamber of the High Court of Justice of Madrid of 17 April 2020</i> UNAI BELINTXON MARTÍN	729

<p>La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. Sap Barcelona 19 junio 2020  <i>The civil non-contractual liability arising from road traffic accidents. Judgement of the ap Barcelona 19 June 2020</i>                      CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ</p>	736
<p>La ley aplicable al divorcio y la elegancia de la norma de conflicto. Apostillas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 julio 2020  <i>Applicable law to divorce and the elegance of the conflict rule. Comment on the ECJ Judgement of 16 July 2020</i>                      JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ</p>	745
<p>Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del <i>de cuius</i>, funciones judiciales, <i>professio iuris</i>. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, Asunto c-80/19  <i>The Regulation 650/2012 in a nutshell: habitual residence of the deceased, exercise of judicial functions, professio iuris: purpose to the CJEU Judgement of 16<sup>th</sup> July 2020, c-80/19.</i>                      LUIS F. CARRILLO POZO</p>	759
<p>Observación jurisprudencial relativa a la ley aplicable a la compraventa de bienes inmuebles radicados en el extranjero. Estudio de caso a partir de la SAP de Murcia, núm. 98/2020  <i>Jurisprudential view in respect of the applicable law to the sale of immovable property located abroad. Case study according to judgment of the Provincial Court of Murcia, n° 98/20</i>                      DAVID CARRIZO AGUADO</p>	771
<p>Extensión al consignatario de los efectos de una cláusula de elección de foro prevista en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 62/2020, de 24 de abril de 2020  <i>Extension to the consignee of the effects of a forum choice clause issued in a bill of lading. Commentary on the order of the Barcelona provincial Court n° 62/2020, of April 24, 2020</i>                      MARTA CASADO ABARQUERO</p>	779
<p>Competencia para conocer de una demanda de oposición a la ejecución de una resolución extranjera sobre alimentos: a propósito de la Sentencia del TJUE 4 de junio de 2020, FX C. Gz, C-41/19  <i>Jurisdiction to rule on an application opposing enforcement of a foreign maintenance decision: purpose to the CJEU Judgement of 4<sup>th</sup> June 2020, FX C. Gz, C-41/19</i>                      MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ</p>	789
<p>Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2020. Denegación de nacionalidad española de origen a los nacidos en la antigua Guinea Ecuatorial  <i>Commentary on the judgment of the Supreme Court, from July 20, 2020. Denial of Spanish nationality of origin to those born in former Equatorial Guinea.</i>                      OLGA BEATRIZ CASTELUCCI PAOLONI</p>	803
<p>El derecho a la información de las ADR de consumo tras el caso C-380/19  <i>The right to information for consumer ADRS following case C-380/19</i>                      MARÍA JOSÉ CATALÁN CHAMORRO</p>	815
<p>¿Pueden los tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia de una menor residente en Ecuador? Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/2020, de 23 de julio de 2020  <i>Can the Spanish courts rule on the custody rights of a minor resident in Ecuador? Commentary on the judgment of the Provincial Court of Barcelona 468/2020 of 23 July 2020</i>                      ANTONIA DURÁN AYAGO</p>	829
<p>La modificación de medidas dictadas en sentencia extranjera: una cuestión pendiente (AP Cantabria 11 febrero 2020)  <i>The amendment of measures issued in a foreign judgment: a pending question (AP Cantabria, February 11, 2020)</i>                      YOLANDA DUTREY GUANTES</p>	836

<p>Commentary on the judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020 [carriage of goods by sea from Ecuador to Spain under a bill of lading] [ES:APB:2020:3847a]  <i>Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo de 2020 [transporte de mercancías por vía marítima desde Ecuador a España en régimen de conocimiento de embarque] [ES:APB:2020:3847a]</i>                      JONATAN ECHEBARRIA FERNÁNDEZ</p>	844
<p>Ambito di applicazione materiale del Regolamento 44/2001 e immunità degli stati alla luce della sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso Rina  <i>Material scope of Regulation 44/2001 and state immunity from jurisdiction: the ECJ Judgement in the Rina case</i>                      CURZIO FOSSATI</p>	860
<p><i>O favor divortii</i> e os seus limites no Regulamento Roma III: comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de julho de 2020, je contra KF, C-249/19, EU:C:2020:570  <i>Favor divortii</i> and its limits on the Rome III Regulation: annotation on the European Court of Justice Judgment of 16 July 2020, JE V KF, C-249/19, EU:C:2020:570                      JOÃO GOMES DE ALMEIDA</p>	878
<p>La incidencia de la falta de aportación documental en la concesión de la nacionalidad por residencia: el caso Messaoud  <i>The incidence of the lack of documentary contribution in the concession of nationality by residence: the Messaoud case</i>                      ESTHER GÓMEZ CAMPELO</p>	XXX
<p>Compraventa internacional de mercaderías: efectos de la falta de comunicación en plazo de disconformidad de la parte receptora sobre la mercancía bajo el prisma de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980  <i>International sale of goods: effects of failure to notify by the receiving party within the time limit of non-conformity on the goods in the light of the Vienna Convention of 11th April 1980</i>                      MONTSE GÓMEZ FERRERES</p>	XXX
<p>La competencia de los tribunales españoles en los contratos internacionales de distribución: el auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de mayo de 2020  <i>Spanish courts jurisdiction in international distribution contractual claims: the auto Court of Appeal of Asturias of 25<sup>th</sup> May 2020</i>                      NATIVIDAD GOÑI URRIZA</p>	914
<p>La jurisprudencia del Tribunal Supremo español es clara: solicitar la renovación del pasaporte español ante el consulado es indicativo de la voluntad de conservación de la nacionalidad española (notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2020)  <i>The jurisprudence of the Spanish Supreme Court is clear: requesting the renewal of the Spanish passport at the spanish consulate is indicative of the will to conserve the spanish nationality (notes to the Judgment of the Supreme Court of June 1, 2020)</i>                      LERDYS S. HEREDIA SÁNCHEZ</p>	922
<p>Exequatur, nulidad de actuaciones e indefensión... y otras cuestiones no menos relevantes (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de mayo de 2020)  <i>Exequatur, nullity of proceedings, lack of legal defense... And other issues not less important (order of the Provincial Court, May 18<sup>th</sup>, 2020)</i>                      MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS</p>	929
<p>Ley aplicable al contrato de trabajo internacional: la proscripción del «espiguo normativo» (STSJ de Madrid 10 de marzo 2020)  <i>Law applicable to international employment contracts: prohibition of «pick and choose» (The decision of the Higher Court of Madrid of March 24, 2018)</i>                      PILAR JUÁREZ PÉREZ</p>	935
<p>The islamic prohibition of adoption as limitation of the right to respect for family life (Article 8 ECHR) - revisiting <i>ecthr harroudj v france</i>, no 43631/09, 4 october 2012  <i>L'interdiction islamique de l'adoption en tant que limitation du droit au respect de la vie familiale (Article 8 Convention EDH) - revisiter cour edh harroudj c france, n° 43631/09, 4 octobre 2012</i>                      NIKOS KOUMOUTZIS</p>	943

Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor <i>Legal kidnapping. Special attention to the implementation of Convention 25 October 1980 and the exception for the immediate return of the child</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	970
El centro de intereses del deudor persona física en el Reglamento Europeo 848/2015 sobre procedimientos de insolvencia <i>Centre of a debtor individual person's main interests on Regulation (EU) 2015/848 on insolvency proceedings</i> NEREA MAGALLON ELÓSEGUI	978
La scissione fra <i>creditore e foro del creditore</i> nelle obbligazioni alimentari. Osservazioni a margine della sentenza <i>WV</i> della Corte di Giustizia dell'Unione Europea <i>The split between the creditor and the creditor's court in maintenance obligations. Remarks on the judgment WV of the Court of Justice of the European Union</i> SILVIA MARINO	990
La existencia de la cláusula arbitral y la voluntad de las partes <i>The existence of the arbitral clause and the will of the parties</i> CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES	999
Imposibilidad de privar de potestad parental a los padres biológicos en virtud de una <i>kafala</i> en España (SAP Barcelona 11 junio 2020) <i>Argelian minor subject to a kafala. Impossible deprivation of parental rights in Spain</i> XABIER ORBEGOZO MIGUEL	1010
Averiguación de domicilio en el extranjero: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 17 de junio de 2020 <i>Research of address abroad: commentary to the judicial decree of the Provincial Court of Cordoba, of 17<sup>th</sup> June 2020</i> GLORIA PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO	1017
Suspensión de la ejecución de un título ejecutivo europeo tras la admisión a trámite de un recurso de apelación contra la sentencia certificada <i>Stay of the enforcement proceedings of a european enforcement order after the admission of an appeal against the certified judgment</i> JAVIER PÉREZ FONT	1032
Doctrina del TJUE sobre la inmunidad de ejecución de las organizaciones internacionales y el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis <i>Doctrine of the CJEU on the immunity of execution of international organizations and the field of application of the Brussels I bis Regulation</i> LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN	1042
Competencia para la modificación de sentencias extranjeras de medidas ya reconocidas en España y trascendencia de la valoración judicial de traducciones contradictorias, a propósito de la sentencia de la AP Barcelona 10 enero 2020 <i>Jurisdiction for the modification of foreign judgment measures already recognized in Spain and transcendence of the judicial assessment of contradictory translations, concerning the judgment of AP Barcelona January 10, 2020</i> LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN**	1051
SAP Valencia 25 de mayo 2020. La ignorancia del reconocimiento automático de resoluciones en materia de derecho de alimentos europeo. Una resolución paralela <i>(Decision of the Provincial Court of Valencia of 25 May 2020) the ignorance of the automatic recognition of resolutions in european maintenance rights. A parallel resolution of the case</i> SILVIA RECUENCO PÉREZ	1057
Retroactividad de las capitulaciones matrimoniales al momento de celebración del matrimonio. Comentario de la SAP de Murcia, de 23 abril 2020 <i>Retrospective effect of the matrimonial property agreement. Commentary of the judgment of appeal Court of Murcia, 23<sup>th</sup> May 2018.</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	1066

	<p>Ámbito material del Reglamento Bruselas I bis, prácticas comerciales desleales (B2C) y acciones colectivas de cesación: comentario a la STJUE MOVIC BV (C-73/19)  <i>Material scope of Brussels I bis Regulation, unfair commercial practices (B2C) and injunctions to protect collective consumers interests: CJEU Judgment MOVIC BV (C-73/19)</i>                      ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN</p>	1078
	<p>Algunas cuestiones que plantea la modificación, en España, de las medidas de guarda y custodia adoptadas por tribunales extranjeros a la luz del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2020  <i>Some issues raised by the modification, in Spain, of the guardianship and custody measures adopted by foreign courts in the light of the order of the Provincial Hearing of Barcelona of January 29, 2020</i>                      MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ</p>	1089
	<p>Reflexiones prácticas sobre la competencia judicial internacional y la filiación  <i>Practical reflections on the international judicial jurisdiction and the filiation</i>                      MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO</p>	1099
	<p>Os beneficiários da opção de recorrer ao foro da residência habitual do credor no regulamento sobre obrigações de alimentos – a inversão da jurisprudência no caso WV contra Landkreis Hamburg  <i>The beneficiaries of the option to resort to the jurisdiction of the creditor's habitual residence in the maintenance obligations regulation - the reversal of jurisprudence in the judgment WV versus Landkreis harburg</i>                      ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES</p>	1110
	<p>Sentencia de divorcio marroquí, reconocimiento y cosa juzgada. Comentario al auto AP de Barcelona de 1 de julio 2020  <i>Moroccan divorce judgment, recognition and res judicata. Commentary on the order of the Barcelona Provincial Court of July 1, 2020</i>                      MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ</p>	1117
	<p>Nacimiento en el Sahara Occidental durante la etapa colonial y cuestiones de nacionalidad (STS 207/2020 de 29 de mayo. Sala de lo Civil. Pleno)  <i>Birth in the Western Sahara during the colonial period and nationality issues (Judgment of the Supreme Court 207/2020, May 29. Plenary Civil Section)</i>                      MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA</p>	1127
	<p>Falta de legitimación activa en impugnación de filiación no matrimonial: comentario a la sentencia 288/2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de mayo de 2020  <i>Lack of active legitimacy in contesting non-marriage filiation: comments on Judgment 288/2020 of the Barcelona Provincial Court, issued on May 25, 2020</i>                      SILVIA VILAR GONZÁLEZ</p>	1136
<hr/>		
<b>Congresos</b>	<p>El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas  <i>The legal regime of social networks and the challenges posed by access to these platforms</i>                      MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO / YERAY ROMERO MATUTE</p>	1143
<hr/>		
<b>Recensiones</b>	<p>GOÑI URRIZA, NATIVIDAD. <i>Las donaciones en Derecho Internacional Privado</i>                      María Pilar Canedo Arrillaga</p>	1154
	<p>R. PISILLO MAZZESCHI. <i>Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi</i>                      Giuseppe Cataldi</p>	1157
	<p>SIERRA NOGUERO, ELISEO. <i>Manual de Derecho Aeronáutico</i>                      María José Castellanos Ruiz</p>	1162
	<p>ESTHER ARROYO AMAYUELAS, SERGIO CÁMARA LAPUENTE (Dir.). <i>El Derecho privado en el nuevo paradigma digital</i>                      María José Santos Morón</p>	1165

## ***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)

IGNACIO TIRADO MARTÍ  
(secretario general de Unidroit)

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 LEIBLE  
(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 ZANOBETTI  
(Univ. Bologna)

### **Comité de Evaluación**

SERGIO CÁMARA LAPUENTE  
(Univ. de La Rioja)  
ÁNGEL GARCÍA VIDAL  
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU  
(Univ. degli studi di Cagliari)  
EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA  
(Univ. de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: [isabel.anton@uc3m.es](mailto:isabel.anton@uc3m.es)

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Juan Carlos López - Universidad Carlos III de Madrid

## ESTUDIOS

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS GASODUCTOS  
INTERNACIONALES CON TERCEROS PAÍSES  
EN ESPAÑA, TRAS LA REFORMA LLEVADA A CABO  
POR LA DIRECTIVA NÚM. 692/2019, DE 17 DE ABRIL DE 2019,  
Y SU TRANSPOSICIÓN MEDIANTE EL REAL DECRETO-LEY  
NÚM. 34/2020, DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2020

LEGAL FRAMEWORK OF INTERNATIONAL PIPELINES  
WITH THIRD COUNTRIES IN SPAIN, AFTER THE AMEND-  
MENT MADE BY DIRECTIVE NO 692/2019, OF 17TH APRIL  
2019, AND ITS IMPLEMENTATION BY MEANS OF ROYAL  
DECREE-LAW NO 34/2020, OF THE 17TH NOVEMBER 2020

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA  
*Catedrático de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Almería*

Recibido: 15.12.2020 / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5950>

**Resumen:** En las normas dirigidas a la creación de un mercado interior del gas natural en la Unión Europea se habían dejado fuera del ámbito de aplicación los gasoductos de importación procedentes de terceros países. Las controversias políticas generadas por la construcción del gasoducto directo entre Rusia y Alemania, por el Mar Báltico (*Nord Stream 2*) condujeron en 2019 a la modificación de la Directiva relativa al mercado interior del gas natural de 2009, de manera que, sin resultados extraterritoriales en la eficacia de la norma, las normas se aplican a los gasoductos procedentes de terceros países. Esta modificación afecta en España a dos gasoductos procedentes de Argelia, para los cuales, de acuerdo con la reforma europea, se han establecido excepciones.

**Palabras clave:** gasoductos internacionales, terceros países, mercado interior del gas natural.

**Abstract:** Within the rules aimed at creating an internal market for natural gas in the European Union, import gas pipelines from third countries were excluded from the scope of application. Political controversies generated by the construction of the direct gas pipeline between Russia and Germany, through the Baltic Sea (*Nord Stream 2*) led in 2019 to the modification of the Directive on the internal market for natural gas of 2009. After the amendment, but without extraterritorial results in the effectiveness of the legal norm, the Directive applies to gas pipelines from third countries. This modification affects two gas pipelines in Spain from Algeria, for which, in accordance with the European reform, exceptions have already been established.

**Keywords:** international pipelines, third parties, internal market for natural gas.

**Sumario:** I. Introducción: 1. Relevancia del gas natural en la Unión Europea y la creación de un Mercado interior de gas natural; 2. Estructura del artículo; 3. La transposición en España de la Directiva núm. 692/2019; II. Las interconexiones internacionales gasistas de España: 1. El abaste-

cimiento de gas natural de España, mediante plantas de regasificación o gasoductos internacionales: A) Plantas de regasificación; B) Conexiones internacionales mediante gasoducto; 2. En particular, las conexiones internacionales de España mediante gasoductos con terceros países: A) El gasoducto del Magreb; B) El gasoducto MEDGAZ; III. La reforma de la Directiva de Gas de 2009 relativa a los gasoductos procedentes de terceros países y hacia terceros países: 1. El gasoducto *Nord Stream 2* como causa próxima de la reforma; 2. Objeto de la reforma; 3.- Alcance de la reforma. ¿Extraterritorialidad?; 4. Modificación de la definición de interconector; 5. Aplicación de las normas de separación de actividades; 6. Litigios en materia de acceso a las redes de gasoductos previas; 7. Exenciones aplicables a las infraestructuras nuevas; 8. Las excepciones a la obligación de separación de actividades y de conferir acceso al gasoducto, a favor de los gasoductos con terceros países; 9. Otras reformas; IV. La transposición de la reforma de la Directiva a Derecho español; V. La separación de actividades: 1. La separación de actividades en la industria del gas natural; 2. La separación propietaria o patrimonial: A) La introducción en España de un sistema de separación patrimonial en 2000; B) La transposición de la Directiva de 2009, mediante el Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo; 3. El gestor de red independiente o ISO; 4. La separación funcional (sistema ITO); 5. La certificación de los gestores de red de transporte: A) Obligación de certificación y exención de certificación; B) La certificación de empresas españolas; VI. El acceso y la asignación de capacidad en los gasoductos internacionales: 1. Planteamiento; 2. Inexistencia de una previsión específica sobre acceso a los gasoductos con terceros países en la versión original de la DG de 2009. El caso español; 3. La aplicación del Reglamento de 2009 y las normas aprobadas en su desarrollo (códigos de red) a los gasoductos con terceros países; 4. El Derecho de acceso a los gasoductos internacionales en Derecho español; VII. Conclusiones.

## I. Introducción

### 1. Relevancia del gas natural en la Unión Europea y la creación de un Mercado interior de gas natural

1. El gas natural es una fuente de energía importante en la Unión Europea, y lo va a seguir siendo, incluso después de desarrollada la actual transición energética, porque constituye un apoyo a la generación renovable y porque su uso es menos contaminante que el de otros combustibles. Dado que la UE es una región netamente importadora de gas natural, los gasoductos internacionales con terceros países tienen mucha relevancia desde el punto de vista de la seguridad, a pesar de que en los últimos años ha crecido el abastecimiento por medio de gas natural licuado, en España y en el resto de Europa<sup>1</sup>. En el caso español, los dos gasoductos con terceros países gozan de una especial significación energética y geoestratégica, ya que unen a España y a toda la UE con los yacimientos argelinos y nos vinculan igualmente con el Reino de Marruecos.

2. La UE viene esforzándose por crear un mercado interior del gas natural, seguro, transparente y competitivo. Con ese objeto ha ido aprobando diversos grupos normativos, donde las instituciones liberalizadoras claves son la separación de actividades (producción, transporte, distribución y suministro) y el acceso de terceros a las redes e instalaciones de gas. La primera norma fue la Directiva núm. 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural<sup>2</sup>, derogada por la Directiva núm. 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural<sup>3</sup>. En la actualidad, está vigente la Directiva núm. 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Acerca de la dependencia de la EU del gas ruso, véase I. HERRERA ANCHÚSTEGUI y N. CUNHA RODRIGUES, *Extraterritorial Effects of EU Law Over Gas Pipelines: The Case of Gazprom and Nord Stream 2*, en N. Cunha Rodrigues (ed), «Extraterritoriality of EU Economic Law», ed. Springer, Berlin 2021 (*forthcoming*), pp. 1-32, particularmente epígrafe 2.1 (*Gas flow into the EU Member States*).

<sup>2</sup> DO L 204, de 21 de julio de 1998.

<sup>3</sup> DO L 176, de 15 de julio de 2003; corrección de errores en DO L 16 de 23 de enero de 2004.

<sup>4</sup> DOUE L 211, de 14 de agosto de 2009.

(en adelante, la DG de 2009), así como el Reglamento (CE) núm. 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1775/2005<sup>5</sup> (en adelante, el Reglamento de 2009).

## 2. Estructura del artículo

3. La Directiva núm. 692/2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019<sup>6</sup>, modificó la DG de 2009. El presente artículo estudia las consecuencias que tal reforma tiene sobre el régimen jurídico de los gasoductos que unen España con terceros Estados que no pertenecen a la UE. El artículo da comienzo con una exposición de cuáles son las conexiones internacionales de gas de España, con particular atención a los dos gasoductos entre España y Argelia (II). A continuación, el trabajo da cuenta del contenido y alcance de la reforma llevada a cabo en 2019 sobre la DG de 2009, en relación con los gasoductos con terceros países (III). El núcleo de la investigación está constituido por el análisis de las consecuencias jurídicas de la reforma, sobre dos aspectos principales del régimen jurídico de las infraestructuras gasistas. Luego de exponer la forma en que España trata de transponer la Directiva (IV), se examina su futura incidencia sobre la separación de la red de otras actividades (V) y el acceso a las infraestructuras gasistas de transporte (VI). El artículo termina con unas conclusiones (VII).

## 3. La transposición en España de la Directiva núm. 692/2019

4. España intentó transponer la reforma de la DG de 2009 mediante un Real Decreto-ley relativo a las Entidades Locales (el núm. 27/2020, de 4 de agosto), pero no fue convalidado por las Cortes Generales. La negativa nada tuvo que ver con los gasoductos internacionales, sino con el destino de los superávits de los Ayuntamientos, pero lo relativo a los gasoductos con terceros países<sup>7</sup> quedó igualmente rechazado.

Tras ese intento fallido, el Gobierno ha aprobado el Real Decreto-ley núm. 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria<sup>8</sup>. Las exenciones a favor de los gasoductos con Argelia se encuentran en el art. 4 y en virtud de la Disposición Final segunda se llevan a cabo varias modificaciones de la Ley núm. 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos<sup>9</sup> (en adelante, LSH). Cuando se escriben estas líneas, el Real Decreto-ley no ha sido convalidado todavía, pero nada parece indicar que no lo vaya a ser, dada la ausencia de controversia política respecto de las normas relativas a los gasoductos, como respecto del resto de normas que lo integran.

## II. Las interconexiones internacionales gasistas de España

### 1. El abastecimiento de gas natural de España, mediante plantas de regasificación o gasoductos internacionales

5. En España, el 60 por ciento de las importaciones de gas natural se realizan a través de gasoducto, frente a un 40 por ciento que acontece por medio de buques metaneros (en forma de Gas Natural Licuado a través de plantas de regasificación)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> DOUE L 117, de 3 de mayo de 2019.

<sup>7</sup> Se trata de la DA 6ª (que contiene la exenciones) y la DF 5ª (donde hay varias modificaciones de la LSH).

<sup>8</sup> BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020.

<sup>9</sup> BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1998.

<sup>10</sup> *Borrador de Plan Nacional español Integrado de Energía y Clima*, p. 28 (en adelante, PNIE), aprobado por el Gobierno español y remitido a la Comisión Europea el 22 de febrero de 2019 (se puede consultar en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica, [www.miteco.gob.es](http://www.miteco.gob.es)). La regulación y los plazos de los planes integrados nacionales de energía y clima

## A) Plantas de regasificación

6. El sistema gasista español dispone de seis plantas de regasificación. Se trata de las plantas de Barcelona, Sagunto, Cartagena, Huelva, Mugaros y Bilbao<sup>11</sup> (existe una séptima planta de regasificación, en Gijón, en estado de hibernación). La capacidad de regasificación de las seis plantas de regasificación es de 1.900 GWh/día. ENAGAS es titular exclusiva de tres plantas de regasificación (Barcelona, Cartagena y Huelva) y participa en un 50% en la planta situada en Bilbao y en un 72,5% en la planta situada en Sagunto. La de Mugaros es propiedad de REGANOSA.

## B) Conexiones internacionales mediante gasoducto

7. Existen seis conexiones físicas internacionales, por gasoducto, con otros países. Se trata, por una parte, de dos interconexiones con yacimientos argelinos, por medio de dos gasoductos: i) el gasoducto Magreb-Europa (GME), que llega a la Península Ibérica tras cruzar territorio argelino, marroquí y el estrecho de Gibraltar; y ii) el gasoducto Medgaz, entre Beni Saf (Argelia, a unos 80 km de Orán) y Almería. Por otra parte, existen dos interconexiones con Portugal, a través de Badajoz y Tuy, y otras dos interconexiones con Francia por Irún (Biriadou) y Larrau (en el Pirineo navarro). ENAGAS es propietaria de las conexiones internacionales con Europa. La conexión internacional de Irún es propiedad de Enagás Transporte del Norte, S.L., controlada en exclusiva, a su vez, por ENAGAS. Enagás Transporte del Norte, S.L. surge tras la adquisición, por parte de Enagás Transporte S.A.U, del 90% de *Naturgas Energía Transporte*. El 10% restante lo mantiene el Ente Vasco de la Energía (EVE). Es función del Gestor Técnico del Sistema (ENAGAS) impartir las instrucciones de operación a las instalaciones de transporte, incluidas las interconexiones internacionales (art. 64, 3, letra g, de la LSH).

Las interconexiones con Argelia son unidireccionales, en sentido importación (Argelia-España). El flujo habitual del gasoducto de los Pirineos (Larrau) es en sentido importador Francia-España. No hay flujo España-Francia, salvo en muy contadas ocasiones. Las capacidades de transporte con Portugal son de 80 GWh/día, en sentido Portugal-España y 144 GWh/día en sentido España-Portugal. A lo largo del año 2017, la exportación neta fue de 30 TWh, lo que supuso un flujo neto diario de 82 GWh/día, es decir, que el flujo de gas acontece únicamente entre España y Portugal<sup>12</sup>.

## 2. En particular, las conexiones internacionales de España mediante gasoductos con terceros países

### A) El gasoducto del Magreb<sup>13</sup>

8. El Gasoducto Magreb-Europa (GME) está formado por un conjunto de gasoductos de transporte en alta presión, que transportan gas natural desde los pozos de Hassi R'Mel en Argelia hasta España y, desde España, a Portugal. También se conoce como el Gasoducto Pere Durán Farrell (GPDF), en honor del empresario catalán que, en la década de los sesenta del siglo pasado, impulsó la introducción de esta industria en España y que promovió los estudios destinados a la construcción de una conexión entre España y el Norte de África<sup>14</sup>.

---

se encuentran en el Reglamento (UE) núm. 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 663/2009 y (CE) núm. 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Directivas 2009/119/CE y (UE) 2015/652 del Consejo, y se deroga el Reglamento (UE) núm. 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo: DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018. Deben contener esos planes información sobre las interconexiones y propuestas de mejora.

<sup>11</sup> PNIE, pp. 194-195.

<sup>12</sup> PNIE, pp. 189-190. Véase F. DE LA FLOR GARCÍA, F. y L. VILLAFRUELA ARRANZ (coordinadores), *Interconexiones eléctricas y gasistas de la Península Ibérica. Estado actual y perspectivas*, Madrid, Club Español de la Energía, 2016.

<sup>13</sup> Salvo que otra cosa se diga, la información aquí contenida se ha extraído de [www.emplpipeline.com](http://www.emplpipeline.com)

<sup>14</sup> P. FÁBREGAS, *Pere Durán Farrell*, Barcelona, RBA, 2014.

El tramo argelino tiene 575 km kilómetros. El tramo marroquí tiene 540 km de tramo terrestre, 47 km submarinos (27 bajo aguas marroquíes y 20 bajo aguas españolas, donde alcanza una profundidad máxima de 400 metros). Tiene 48" de diámetro y una presión de servicio de 80 bar. El gasoducto consta de cuatro centros de mantenimiento (Aïn Bénimathar, M'Soun, Aïn Dorij y Tánger). Llega a las costas españolas en la playa de Zahara de los Atunes (Cádiz) y recorre 270 km hasta llegar a Córdoba. La entrada en funcionamiento del gasoducto tuvo lugar el 1 de noviembre y su inauguración corrió a cargo del Rey Juan Carlos I, el 9 de diciembre de 1996.

Por el gasoducto se transporta anualmente una media del 30% del gas natural que se consume en España y Portugal, y aporta gas para la producción eléctrica de dos centrales de ciclo combinado en Marruecos que generan el 17% de la producción marroquí de electricidad.

El tramo argelino es operado por la empresa pública argelina SONATRACH. La sociedad Europe Maghreb Pipeline Limited (EMPL) fue constituida en julio de 1992 con el objeto de promover, financiar y explotar, con exclusividad, el Gasoducto Magreb-Europa en el tramo marroquí, incluyendo el correspondiente a las aguas territoriales marroquíes en el Estrecho de Gibraltar. Los accionistas de EMPL son Naturgy (77,2%) y Galp Energía (22,8%). La presencia de *Galp Energía* en el accionariado es la señal de los intereses portugueses en la infraestructura. Originariamente, la entidad portuguesa participante fue la empresa pública *Transgas*, de la que Galp Energía es heredera. En la misma fecha se constituyó Metragaz, S.A., para llevar a cabo la construcción del gasoducto y, una vez el gasoducto entró en funcionamiento, para encargarse de la operación y mantenimiento de las instalaciones del gasoducto por cuenta de EMPL. De conformidad con el art. 3 de sus Estatutos sociales, Metragaz tiene por objeto social «la realización del conjunto de operaciones de reparación, de mantenimiento corriente y de explotación técnica del Tramo Marroquí del Gasoducto Maghreb Europa». Los accionistas de Metragaz son Naturgy (76,68%), Galp Energía (22,64%) y el organismo público marroquí *Office National des Hydrocarbures et des Mines (ONHYM: 0,68%)*. La actividad de ambas empresas está tutelada por el Ministerio de Energía, Minas, Agua y Medioambiente del Reino de Marruecos<sup>15</sup>.

## B) El gasoducto MEDGAZ<sup>16</sup>

9. En los años setenta del siglo XX, se consideró que la conexión óptima entre los yacimientos de gas de Argelia y Europa, sería un gasoducto directo entre Argelia y España (Almería). Tras la realización de estudios sísmicos, análisis geológicos, inspecciones visuales del lecho marino y estudios oceanográfico, se percibió la inviabilidad técnica de esa opción. Tales limitaciones desaparecieron en el año 2000. En ese año, CEPSA y SONATRACH firmaron un protocolo para relanzar el proyecto. En febrero de 2001 se constituyó la «Sociedad para el Estudio y Promoción del Gasoducto Argelia-Europa, vía España S.A.» (MEDGAZ). En 2004, MEDGAZ pasó a re-denominarse como «Sociedad para la construcción y explotación del Gasoducto Argelia-Europa, vía España S.A.». Se construyó, parcialmente, con fondos de la UE y el Banco Europeo de Finanzas le concedió en 2010 un préstamo por importe de 500 millones de euros.

El tramo terrestre argelino, desde los yacimientos de Hassi R'mel, es de 547 kilómetros. El gasoducto marítimo parte del puerto de Beni Saf (Argelia) y llega a la Playa del Perdigal (en la barriada del Alquián), en Almería. Tiene una capacidad de 8'72 bcms/año y una longitud de 210 km. Se está procediendo al aumento de la capacidad, de manera que en 2021 alcance los 10,9 bcms/año. El diámetro del gasoducto es de 48 pulgadas en tierra y 24 pulgadas bajo el mar. Tiene una profundidad máxima de 2.160 metros. El gasoducto se puso en funcionamiento en 2011.

Los promotores iniciales fueron SONATRACH, CEPSA y Naturgy (entonces, *Gas Natural*, luego *Gas Natural Fenosa* y, en la actualidad, Naturgy). Con posterioridad se fueron uniendo cinco

<sup>15</sup> El análisis más completo del significado histórico y empresarial de este gasoducto se encuentra en A. BALLESTEROS, *El gas natural en España*, Madrid, LID, 2017, pp. 177-189. Véase, también, I. Martínez Díaz, *El gasoducto Magreb-Europa. Cruce del Estrecho de Gibraltar*, en «Revista de Obras Públicas, núm. 3325, año 140 (1993), pp. 47-58.

<sup>16</sup> Salvo que otra cosa se indique, la información ha sido extraída de [www.medgaz.com](http://www.medgaz.com). Véase A. BALLESTEROS, *EL GAS...*, O.C., pp. 206-209.

empresas energéticas internacionales y en el año 2000 las empresas participantes en la sociedad eran las siete siguientes: CEPSA (20%), SONATRACH (20%), Endesa (12%), *Gaz de France* (hoy *Engie*, con el 12%), *Total* (12%), BP (12%) y ENI (12%). Iberdrola compró en 2003 su participación al ENI. Con el paso de los años otras empresas fueron deshaciéndose de sus participaciones, al tiempo que SONATRACH, CEPSA y *Naturgy* aumentaban su posición en MEDGAZ. En diciembre de 2006 se produjo la decisión firme de inversión (FID). Salieron de la sociedad las empresas Total y BP y el reparto accionarial quedó así: SONATRACH (36%), CEPSA (20%), Iberdrola (20%), Endesa (12%) y *Gaz de France* (12%). El 1 de abril de 2011 tuvo lugar el inicio de la operación comercial. En 2013, SONATRACH vendió un 10% a Gas Natural Fenosa (hoy *Naturgy*). Entre 2013 y 2014, Iberdrola, Endesa y *Gaz de France* (hoy *Engie*) pusieron a la venta sus participaciones y CEPSA y SONATRACH ejercieron su derecho de adquisición preferente. El reparto accionarial tras las operaciones de venta indicadas quedó así: SONATRACH (42,96%), CEPSA (42,09%) y Gas Natural Fenosa (hoy, *Naturgy*: 4,95%). En octubre de 2019, CEPSA cedió su participación a la sociedad CEPSA Holding LLC (filial del grupo *Mubadala*), quien alcanzó un acuerdo para vender sus acciones a SONATRACH y *Naturgy*. *Naturgy*, por su parte, cedió su participación (al 100%) a su filial *Medina Partnership*. En mayo de 2020, tras obtenerse las autorizaciones pertinentes, se produjo el cierre de la operación y el accionariado quedó así (que es el accionariado actual): SONATRACH (51%) y *Medina Partnership* (49%). *Medina Partnership* es una sociedad perteneciente, a partes iguales a *Naturgy* y a *BlackRock*<sup>17</sup>.

### III. La reforma de la Directiva de Gas de 2009 relativa a los gasoductos procedentes de terceros países y hacia terceros países

#### 1. El gasoducto *Nord Stream 2* como causa próxima de la reforma

10. En principio, la reforma llevada a cabo en 2019 sobre la DG de 2009 tuvo por finalidad solventar una laguna jurídica, derivada de la ausencia de cualquier mención en el Derecho derivado relativo al mercado interior del gas natural, a los gasoductos de conexión internacional con terceros países fuera de la UE. Se trata de un propósito loable, pero que no consigue esconder del todo una realidad: la reforma de la DG es una contrapartida a la decisión alemana de negociar bilateralmente con Rusia la construcción de un gasoducto directo entre ambos países por el Mar Báltico.

11. La UE puede decidir cooperar con terceros países para el fomento de proyectos de interés común y para garantizar la interoperabilidad de las redes (art. 171, 3, del TFUE). En ese contexto, las relaciones con la Federación Rusa en materia energética son importantes para la UE, pues de ahí procede el 30 por ciento del gas que se consume en la UE. Sin embargo, el *EU-Russia Energy Dialogue*<sup>18</sup> está en suspenso desde la intervención de Rusia en Georgia y la invasión de la Península de Crimea.

12. A pesar de los conflictos políticos entre la UE y Rusia, la construcción de un gasoducto controvertido (el gasoducto *Nord Stream 2*), que llevará gas directamente desde Rusia hasta el norte de Alemania, está en la fase final de construcción. El nuevo gasoducto tendrá una gran capacidad de transporte y resultará especialmente interesante para Alemania, tras el apagón nuclear y tras la supresión de la generación mediante carbón (algo que acontecerá en los próximos años): podrá transportar 55.000 millones de metros cúbicos anuales, capacidad similar a la del primer *Nord Stream*, lo cual supondrá 110.000 millones de metros cúbicos anuales de gas procedentes de Rusia. Se trata de un proyecto controvertido por varias razones. El treinta por ciento de la demanda de gas natural de la UE se satisface con gas ruso. Hasta la construcción de este gasoducto, el gas ruso llegaba a Alemania, a través de Ucrania, Bielorrusia y Polo-

<sup>17</sup> Ninguno de ambos gasoductos en un gasoducto de tránsito. Sobre tales gasoductos, *vid.* D. Azaria, *Treaties on Transit of Energy via pipelines and Countermeasures*, Oxford University Press, Oxford 2015.

<sup>18</sup> *EU-Russia Energy Dialogue. The first ten years (2000-2011)*, European Commission Directorate-General for Energy Brussels 2011.

nia. Tras este gasoducto, llegará directamente. Al esquivar a Ucrania se priva a este país de los beneficios que supone su condición de territorio de tránsito de gas y aumenta la capacidad rusa de utilizar el gas como arma política contra Ucrania, pero sin que Alemania se vea afectada. Rusia utiliza sus abundantes reservas de gas como instrumento estratégico de su política internacional y por esa razón la UE y varios Estados miembros han buscado diversificar los abastecimientos, para ir disminuyendo paulatinamente la dependencia del gas ruso. Este gasoducto parece que va en la dirección contraria. Quizás por eso los Estados Unidos acusan a Alemania de poner en peligro la seguridad de Occidente con la construcción del *Nord Stream 2*, pues aumenta la dependencia de Rusia (incluso ha habido sanciones norteamericanas a las empresas participantes). Frente a los esfuerzos desplegados en los últimos quince años, por parte de las instituciones de la UE, a raíz de la primera crisis gasista ruso-ucraniana, este gasoducto significa una actuación unilateral de Alemania. *Gazprom* es la propietaria de la infraestructura<sup>19</sup>, pero cerca del 50 por ciento de la financiación proviene de empresas europeas: las alemanas *Uniper/E.ON* y *Wintershall* (filial de *BASF*), la austriaca *OMV*, la británico-holandesa *Shell*, y la francesa *Engie*. Las autoridades medioambientales danesas pidieron un nuevo estudio de impacto ambiental. El *Nord Stream 2* atraviesa aguas territoriales o zonas económicas exclusivas de Rusia, Finlandia, Suecia, Dinamarca y Alemania y se prevé que cueste 9.500 millones de euros<sup>20</sup>.

13. El gasoducto continúa siendo muy controvertido<sup>21</sup>. El 15 de mayo de 2020, la autoridad reguladora alemana (*Bundesnetzagentur*) rechazó la solicitud de *Nord Stream 2* de exención de la regulación para la parte del gasoducto en territorio alemán<sup>22</sup>. Según el regulador, una exención requiere, entre otras cosas, que la línea de conexión de gas se hubiese completado antes del 23 de mayo de 2019 y este no es el caso del *Nord Stream 2*. La controversia ha llegado hasta el punto que los Estados Unidos han impuesto sanciones al gasoducto.

Bajo la presión derivada de las disputas políticas generadas por la construcción del gasoducto *Nord Stream 2*, incluyendo la fuerte oposición del Parlamento europeo al gasoducto, se llevó a cabo una propuesta de modificación de la DG de 2009, con objeto de salvar el proyecto, que condujo a su modificación mediante la Directiva (UE) núm. 2019/692, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 por la que se modifica la DG de 2009<sup>23</sup>.

## 2. Objeto de la reforma

14. La UE depende en gran medida de las importaciones de gas de terceros países y en el mejor interés de la UE y de los clientes de gas conviene que los gasoductos que conectan la UE con esos terceros países están sujetos a las mismas reglas de transparencia y competencia. La legislación de la UE en general se aplica en las aguas territoriales y en la zona económica exclusiva de los Estados miembros de la UE, pero la DG de 2009 no contiene un marco legal específico para los gasoductos hacia y desde

<sup>19</sup> La empresa pública estatal *Gazprom* ha mantenido varias disputas acerca de su sujeción al Derecho de la UE: véase I. HERRERA ANCHÚSTEGUI y N. CUNHA RODRIGUES, *Extraterritorial Effects of EU Law Over Gas Pipelines, o.c.*, particularmente epígrafes 2.2 (*Litigation and clashes beyond the EU jurisdiction*) and 4 (*Extraterritoriality in EU competition law?: The Gazprom DG Competition case*).

<sup>20</sup> «El País», 7 de abril de 2019 y «La Vanguardia», 6 de mayo de 2019.

<sup>21</sup> Para varios expertos, la cantidad adicional de gas de *Nord Stream 2* no es realmente necesaria, no es indispensable para la seguridad del suministro en Alemania y Europa (Christoph Weber, profesor de Economía Energética en la Universidad de Duisburg-Essen). Marc Oliver Bettzüge, director del Instituto de Economía Energética (EWI) de la Universidad de Colonia, tampoco ve ninguna brecha en el suministro si el *Nord Stream 2* no entrase en funcionamiento, en <https://www.dw.com/es/necesita-europa-realmente-el-gasoducto-ruso-nord-stream-2/a-54869213> (visitado el 16 de noviembre de 2020, por última vez).

<sup>22</sup> [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK7-GZ/2020/BK7-20-0004/BK7-20-0004\\_Beschluss\\_Internet.html?nn=269738](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK7-GZ/2020/BK7-20-0004/BK7-20-0004_Beschluss_Internet.html?nn=269738) (consultado, por última vez, el 18 de noviembre de 2020). El Tribunal General de la UE rechazó, por falta de legitimación los recursos interpuestos por *Gazprom contra la Directiva: Orden de 20 de mayo de 2020, Nord Stream 2 v Parliament and Council, T-526/19, EU:T:2020:210, decisión analizada por I. HERRERA ANCHÚSTEGUI y N. CUNHA RODRIGUES, EXTRATERRITORIAL EFFECTS OF EU LAW OVER GAS PIPELINES, o.c., EPÍGRAFE 6 (THE LAST BATTLE?)*.

<sup>23</sup> DOUE L 117, de 3 de mayo de 2019.

terceros países. Se llegó a la conclusión de que las normas aplicables a los gasoductos de transporte de gas que conecten dos o más Estados miembros, los interconectores, no son aplicables a los gasoductos que llegan a la UE. Sin embargo, hay una praxis comunitaria consistente en aplicar los principios básicos del marco regulatorio establecido por la DG de 2009 en relación con terceros países, en particular a través de acuerdos internacionales relativos a los gasoductos de entrada en la UE. Se consideró que era necesaria una reforma legislativa para definir y especificar de manera explícita y coherente el marco regulatorio aplicable a todos los gasoductos, desde y hacia terceros países. Con las reformas llevadas a cabo en 2019, la DG de 2009 en su totalidad (así como las disposiciones legales relacionadas, como el Reglamento de 2009, los códigos de red y las directrices, a menos que se disponga lo contrario en dichos actos) serán aplicables a los gasoductos hacia y desde terceros países, incluidos los existentes y los futuros, hasta la frontera donde alcanza la jurisdicción de la UE y el mar territorial. Esto incluye las disposiciones sobre acceso de terceros, regulación arancelaria, separación de la propiedad y transparencia<sup>24</sup>. Al mismo tiempo, esta reforma permite a los nuevos gasoductos hacia y desde terceros países solicitar una exención de esas reglas de conformidad con el artículo 36 de la DG de 2009. En cuanto a los gasoductos existentes, que caen fuera del ámbito de aplicación del art. 36 de la DG de 2009, los Estados miembros podrán conceder exenciones de la aplicación de las disposiciones principales de la DG de 2009, siempre que la exención no sea en detrimento de la competencia, el funcionamiento efectivo del mercado o la seguridad del suministro en la UE. Los gasoductos hacia y desde terceros países podrán estar, por lo tanto, sujetas a al menos dos regulaciones diferentes. Cuando esto conlleve situaciones legalmente complejas, el instrumento apropiado para asegurar un marco regulatorio coherente para todo el gasoducto es un acuerdo internacional con el tercer país o terceros países interesados. En ausencia de tal acuerdo, la concesión de una exención a favor de nueva infraestructura o el establecimiento de una derogación para una infraestructura ya en funcionamiento, el gasoducto sólo puede operarse de acuerdo con los requisitos de la DG de 2009, dentro de las fronteras a donde alcanza la jurisdicción de la UE

**15.** La Directiva núm. 692/2019 tiene por objeto reducir los obstáculos a la plena realización del mercado interior del gas natural que se derivan de la inaplicabilidad de las normas de mercado de la UE a los gasoductos de transporte con destino u origen en terceros países. Las modificaciones tratan de garantizar que las normas aplicables a los gasoductos de transporte que conectan dos o más Estados miembros también sean aplicables dentro de la UE a las que tienen destino u origen en terceros países. Se dota así de coherencia al marco jurídico de la UE y se evita la distorsión de la competencia en el mercado interior de la energía, así como los impactos negativos en la seguridad del suministro. Además, impulsan la transparencia y aportan seguridad jurídica a los participantes en el mercado y, concretamente, a los inversores en infraestructuras de gas y a los usuarios del sistema, en lo relativo a las normas aplicables<sup>25</sup>.

### 3. Alcance de la reforma. ¿Extraterritorialidad?

**16.** Para alcanzar los objetivos señalados, la reforma de 2019 decide aplicar las previsiones de la DG de 2009 (aunque luego introduce un sistema generalizado de excepciones) a los gasoductos con terceros países. Así formulado, podría parecer que hay una aplicación «extraterritorial» del Derecho de la UE. No hay tal, como explica el autor de la reforma: *«La aplicabilidad de la Directiva 2009/73/CE a los gasoductos de transporte con destino u origen en terceros países está circunscrita al territorio de los Estados miembros. En lo que respecta a los gasoductos submarinos de transporte, la Directiva 2009/73/CE debe ser aplicable en el mar territorial del Estado miembro en el que está situado el primer punto de interconexión a la red de los Estados miembros».*

<sup>24</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas (Text with EEA relevance) {SWD(2017) 368 final}, COM(2017) 660 final 2017/0294 (COD), Bruselas, 8 de noviembre de 2017.

<sup>25</sup> Este párrafo reproduce el contenido del Considerando núm. 3 de la Directiva núm. 692/2019.

17. La cuestión sobre la extraterritorialidad no es baladí para el Derecho de la competencia y tienen una relevancia especial para las relaciones entre la UE y la Federación Rusa. La reforma de la Directiva núm. 692/2019 tiene su origen en el nuevo gasoducto (Nord Stream 2) entre Rusia y Alemania. La empresa estatal rusa Gazprom es el suministrador dominante en la UE y la Comisión Europea llevó a cabo desde 2012 una investigación sobre la posición de esa empresa rusa en el mercado europeo. La investigación concluyó con una Decisión de 2018 que le impuso varios condicionamientos que pusiesen fin a varios comportamientos anticompetitivos<sup>26</sup>. Frente a las acusaciones de la Federación Rusa acerca de la aplicación extraterritorial del Derecho europeo de la Competencia y de violación del Derecho internacional por parte de la UE, parece claro que en la Decisión de mayo de 2018, de la Comisión Europea, no hay tal<sup>27</sup>.

18. En el caso de la reforma llevada a cabo por la Directiva núm. 692/2019, aun cuando no hay extraterritorialidad, es innegable que sus efectos van más allá del territorio de la UE (concretamente, respecto de los gasoductos submarinos, más allá del mar territorial del Estado miembro en el que está situado el primer punto de interconexión a la red de los Estados miembros). En ese sentido se ha señalado, certeramente, lo siguiente:

*«Está claro, por tanto, que a pesar de que el ámbito de la Directiva (...) se ha ampliado, sin que esto implique una aplicación extraterritorial de la legislación energética de la UE sobre gasoductos de terceros estados -ya que solo se aplica a la parte del gasoducto ubicada en el mar territorial del país en el que tiene su punto de entrada-, su aplicación en territorio de la UE genera efectos directos o indirectos fuera del territorio de la UE, afectando a parte del conjunto del gasoducto. De esta manera (...) se ha expandido el Derecho de la energía de la UE, para regular los gasoductos de importación de gas natural de la Federación Rusa (y de cualquier otro país también), desde el punto de vista de la seguridad del suministro y la geopolítica»<sup>28</sup>.*

#### 4. Modificación de la definición de interconector

19. La reforma consiste en la modificación de varios preceptos de la DG de 2009, como la definición de interconector. Para la versión original, un interconector era una línea de transporte que cruzaba o superaba una frontera *entre Estados miembros* con el único fin de conectar las redes de transporte nacionales de dichos Estados miembros. Tras la reforma, el concepto de interconector se amplía, porque ahora es un *«un gasoducto de transporte que cruza o supera una frontera entre Estados miembros al objeto de conectar la red nacional de transporte de dichos Estados miembros, o un gasoducto de transporte entre un Estado miembro y un tercer país hasta el territorio del Estado miembro o el mar territorial de dicho Estado miembro»<sup>29</sup>*. Esta ampliación de la definición tiene consecuencias, por ejemplo, en materia de exenciones de la aplicación de algunas previsiones de la DG de 2009. El principal objeto de la reforma llevada a cabo en 2019 es que los gasoductos existentes con destino u origen en terceros países queden sujetos a la DG de 2009. Al mismo tiempo, la reforma introduce la posibilidad de excepcionar la aplicación de algunas de sus previsiones a tales gasoductos. Respecto de algunas infraestructuras gasistas nuevas (como los interconectores), el art. 36 de la DG de 2009 establece que pueden quedar exentos de la aplicación de la DG de 2009. El efecto de la ampliación de la definición de interconector es que ahora esos interconectores nuevos con terceros países se van a poder ver beneficiados por esas posibles exenciones<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Decisión dictada en el asunto C(2018) 3106 final, *CASE AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe*, de 24 de mayo de 2018.

<sup>27</sup> Véase I. HERRERA ANCHÚSTEGUI Y N. CUNHA RODRIGUES, *Extraterritorial Effects of EU Law Over Gas Pipelines*, o.c., epígrafe 4 (*Extraterritoriality in EU competition law?: The Gazprom DG Comp case*).

<sup>28</sup> *Ibidem*, epígrafe 5.3 (*Limiting an expansive application of EU energy law?*)

<sup>29</sup> Nuevo art. 2, 17, de la DG de 2009.

<sup>30</sup> Véase el epígrafe III, 6.

20. La aplicación de las normas de la DG de 2009 sobre el nuevo gasoducto (como el acceso y la separación de actividades) es una victoria de las instituciones de la UE sobre Alemania. Sin embargo, el régimen jurídico del gasoducto queda, en realidad, en manos de lo que acuerden Rusia y Alemania, porque la coherencia regulatoria final derivará de lo que se establezca en un Tratado internacional entre las partes.

## 5. Aplicación de las normas de separación de actividades

21. De acuerdo con la versión original de la DG de 2009, si el 3 de septiembre de 2009 (fecha de entrada en vigor de la DG de 2009), la red de transporte pertenecía a una empresa verticalmente integrada, los Estados miembros pudieron no aplicar las reglas de separación patrimonial (entre el transporte y la producción y el suministro) y pudieron optar entre las otras opciones de separación de actividades (distinta de la patrimonial)<sup>31</sup>. Pues bien, esta opción se concede ahora a aquellos gasoductos que conecten con terceros países y que, el 23 de mayo de 2009 (fecha de entrada en vigor de la reforma) perteneciesen a un grupo energético integrado. La DG de 2009 establecía que, si el 3 de septiembre de 2009, la red de transporte pertenecía a una empresa integrada verticalmente y existían acuerdos que garantizaban una independencia más efectiva del TSO que las disposiciones sobre el ITO, los Estados miembros podrán decidir no aplicar las normas de separación patrimonial. Esta misma opción se concede, tras la reforma, a los gasoductos que conecten con terceros países y el 23 de mayo de 2009 fuesen parte de un grupo energético integrado y existiesen acuerdos que confiriesen una mayor independencia que las normas relativas al ITO<sup>32</sup>.

## 6. Litigios en materia de acceso a las redes de gasoductos previas

22. La DG de 2009 define la «*red previa de gasoductos*» como todo gasoducto o red de gasoductos explotados o construidos como parte de un centro de producción de petróleo o de gas, o utilizados para transportar gas natural de uno o más de dichos centros a una planta o terminal de transformación o a una terminal final costera de descarga. Es decir, se trata de los gasoductos ligados a la explotación de un yacimiento (*on-shore* u *off-shore*). Tras la reforma de 2019 ya no se considera que constituyen una «red previa» a los efectos de la DG de 2009, los gasoductos que conecten una planta de producción de gas o petróleo situado en un Estado miembro con una planta de procesamiento o una terminal final costera de descarga de un tercer país, ya que es poco probable que dichos gasoductos tengan un impacto significativo en el mercado interior de la energía<sup>33</sup>.

23. En caso de conflictos transnacionales, la DG de 2009 establece que se han de aplicar los mecanismos de solución de conflictos del Estado miembro bajo cuya jurisdicción se encuentre la red de gasoductos previa a la que se haya negado el acceso. Cuando participe más de un Estado miembro en la red de gasoductos, los Estados miembros se han de concertar para garantizar la aplicación coherente de las disposiciones de la DG de 2009. La reforma de 2019 ha añadido que cuando la red previa de gasoductos tenga su origen en un tercer país y esté conectada con al menos un Estado miembro, los Estados miembros afectados se han de consultar mutuamente y el Estado miembro en el que esté situado el primer punto de entrada a la red de los Estados miembros debe consultar al tercer país afectado en el que se origine la red de gasoductos previa, con vistas a garantizar, por lo que respecta a la red afectada, la aplicación coherente de la DG de 2009 en el territorio de los Estados miembros<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Sobre las tres opciones de separación patrimonial véase el apartado V.

<sup>32</sup> Nuevas versiones de los apartados 8 y 9 del art. 9, y del apartado 1, del art. 14, ambos de la DG de 2009, según la Directiva núm. 692/2019.

<sup>33</sup> Considerando núm. 5 de la Directiva 692/2019.

<sup>34</sup> Nueva versión del art. 34, 4, de la DG de 2009.

## 7. Exenciones aplicables a las infraestructuras nuevas

**24.** El art. 36 de la DG de 2009 versa sobre las infraestructuras nuevas y, en particular, sobre las exenciones que puede otorgarse, de varias previsiones de la DG de 2009. La justificación a esas exenciones descansa en que, si a una infraestructura nueva se le aplican, desde el primer momento, todas las normas de la DG de 2009, que persiguen implantar más competencia y transparencia, entonces se puede poner en peligro la recuperación de la inversión e, incluso, podría retraerse la construcción de infraestructuras nuevas.

**25.** Dado que ahora se traen al ámbito de aplicación de la DG de 2009 los gasoductos con terceros países, a la hora de conferir la exención se ha de evitar (entre otras cuestiones) que la exención sea perjudicial para la seguridad de suministro de gas natural dentro de la UE. Esta preocupación se une a las otras preocupaciones que ya había en la versión original de la DG de 2009: la competencia en los mercados pertinentes que probablemente se verán afectados por la inversión, el funcionamiento efectivo del mercado interior del gas natural de la UE y el funcionamiento eficiente de las redes reguladas afectadas<sup>35</sup>. Es lógico que a las preocupaciones originarias (competencia, funcionamiento eficiente de las redes y del mercado) se añada la preocupación por la seguridad del abastecimiento, dado que los gasoductos con terceros países son los gasoductos que abastecen de gas natural la UE<sup>36</sup>.

**26.** La DG de 2009 dispone que la autoridad reguladora puede decidir, en función de cada caso particular, sobre las exenciones previstas en los apartados 1 y 2 del art. 36. Tras la reforma llevada a cabo en 2019 se exige que antes de decidir, la autoridad reguladora nacional o, cuando corresponda, otra autoridad competente del Estado miembro, debe consultar a las autoridades reguladoras de los Estados miembros cuyos mercados probablemente se verán afectados por la nueva infraestructura, y a las autoridades competentes de terceros países, cuando la infraestructura en cuestión esté conectada con la red de la UE bajo la jurisdicción de un Estado miembro, y tenga su origen o fin en uno o más terceros países. Cuando las autoridades consultadas del tercer país no respondan a la consulta en un período de tiempo razonable o en un plazo fijado no superior a tres meses, la autoridad reguladora nacional afectada puede adoptar la decisión necesaria<sup>37</sup>.

**27.** En la versión original de la DG de 2009 se decía que si todas las autoridades reguladoras afectadas alcanzan un acuerdo sobre la solicitud de exención en el plazo de seis meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud por la última de las autoridades reguladoras, debían informar a ACER de esa decisión. Tras la reforma de 2019, se añade que, cuando la infraestructura sea un gasoducto de transporte entre un Estado miembro y un tercer país, antes de la adopción de la decisión, la autoridad reguladora nacional o, cuando corresponda, otra autoridad competente del Estado miembro en el que esté situado el primer punto de interconexión con la red de los Estados miembros, pueden consultar a la autoridad competente de dichos terceros países, con el fin de garantizar, en relación con la infraestructura afectada, la aplicación coherente de la DG de 2009 en el territorio y, cuando proceda, en el mar territorial del Estado miembro. Cuando las autoridades del tercer país consultadas no respondan a la consulta en un período de tiempo razonable o en un plazo fijado no superior a tres meses, la autoridad reguladora nacional afectada puede adoptar la decisión necesaria<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Nueva versión del art. 36, 1, letra e, de la DG de 2009.

<sup>36</sup> De acuerdo con esta reforma de la DG de 2009, el Real Decreto-ley núm. 34/2020, ha modificado el art. 71 1, letra e, de la LSH para incorporar expresamente esos criterios entre las condiciones a que ha de atenderse a la hora de conferir o denegar una exención de la obligación de dar acceso (DF 2ª, Tres, del Real Decreto-ley núm. 34/2020)

<sup>37</sup> Nueva redacción del apartado 3 del art. 36 de la DG de 2009. De conformidad con esa reforma, el Real Decreto-ley núm. 34/2020 ha modificado el art. 71, 3, de la LSH, para que la CNMC haga las consultas a que se refiere ese art. 36, 3, de la DG.

<sup>38</sup> Nueva redacción dada al art. 36, 4, segundo párrafo, por la Directiva 692/2019.

## 8. Las excepciones a la obligación de separación de actividades y de conferir acceso al gasoducto, a favor de los gasoductos con terceros países

28. La reforma está dirigida a sujetar a los gasoductos con terceros países a algunas previsiones de la DG de 2009 para, inmediatamente, habilitar unas excepciones a esa aplicación. Se afirma que debe autorizarse a los Estados miembros a conceder excepciones respecto de determinadas disposiciones de la DG de 2009 a los gasoductos de transporte que se hayan concluido antes de la fecha de entrada en vigor de la reforma de 2019, lo cual exige que la fecha para la aplicación de los modelos de separación distinta de la separación patrimonial debe ser adaptada en el caso de los gasoductos de transporte con destino u origen en terceros países<sup>39</sup>.

29. Establece ahora el nuevo art. 49 bis de la DG de 2009 que aquellos gasoductos de transporte entre un Estado miembro y un tercer país que se hubiesen terminado antes del 23 de mayo de 2019 (el día de entrada en vigor de la reforma<sup>40</sup>), el Estado miembro donde esté situado el primer punto de conexión de dicho gasoducto de transporte con la red de un Estado miembro podrá decidir establecer las siguientes exenciones, para las secciones de esos gasoductos de transporte situadas en su territorio o mar territorial: a) exenciones relativas a la separación de actividades y a la obligación de certificarse como gestor de una red de transporte (arts. 9, 10, y 11); y b) exenciones relativas a la obligación de dar acceso a la red de transporte, incluyendo las relativas a las tarifas y metodologías de las tarifas (arts. 32 y 41, apartados 6, 8 y 10).

30. Estas exenciones deben conferirse por razones objetivas, como permitir la recuperación de la inversión realizada o por motivos de seguridad del suministro, siempre y cuando la exención no sea perjudicial para la competencia, el funcionamiento efectivo del mercado interior del gas o la seguridad de suministro en la UE. Las exenciones deben estar limitadas en el tiempo a un período máximo de veinte años sobre la base de una justificación objetiva, renovable en casos justificados, y pueden quedar sujetas a condiciones que contribuyan a la consecución de las condiciones expuestas anteriormente<sup>41</sup>. Las decisiones debieron adoptarse, a más tardar, el 24 de mayo de 2020. Los Estados miembros debieron notificar las decisiones a la Comisión y las hubieron de publicar.

31. De conformidad con el nuevo art. 49 ter de la DG de 2009, sin perjuicio de otras obligaciones establecidas por el Derecho de la UE y de la atribución de competencia entre la UE y sus Estados miembros, pueden mantenerse en vigor los acuerdos existentes entre un Estado miembro y un tercer país sobre la gestión de un gasoducto de transporte o una red previa de gasoductos hasta que entre en vigor un acuerdo suplementario entre la UE y ese mismo tercer país, o hasta que sea de aplicación el procedimiento contenido en el propio precepto<sup>42</sup>.

## 9. Otras reformas

32. En la versión original de la DG de 2009 se asignaba a las autoridades reguladoras nacionales la responsabilidad de cooperar en cuestiones transfronterizas con la autoridad o autoridades reguladoras

<sup>39</sup> Considerando núm. 4 de la Directiva núm. 692/2019.

<sup>40</sup> Art. 3 de la Directiva núm. 692/2019.

<sup>41</sup> Estas exenciones no se aplican a los gasoductos de transporte entre un Estado miembro y un tercer país que, en virtud de un acuerdo celebrado con la UE, tenga la obligación de transponer la DG de 2009 a su ordenamiento jurídico y la haya aplicado de forma efectiva (es el caso de Noruega): art. 49 bis, 1, tercer párrafo, de la DG de 2009. Cuando el gasoducto de transporte en cuestión esté situado en el territorio de más de un Estado miembro, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el primer punto de conexión con la red de los Estados miembros debe decidir si conceder o no la exención relativa al gasoducto de transporte, previa consulta con todos los Estados miembros afectados. A petición de los Estados miembros afectados, la Comisión puede decidir actuar como observadora en la consulta entre el Estado miembro en cuyo territorio esté situado el primer punto de conexión y terceros países en relación con la aplicación coherente de la DG de 2009 en el territorio y el mar territorial del Estado miembro en el que se encuentre el primer punto de interconexión, incluida la concesión de exenciones para tales gasoductos de transporte (art. 49 bis, 2, de la DG de 2009).

<sup>42</sup> Apartados 2 a 15 del art. 49 ter, de la DG de 2009, con el encabezamiento «Procedimiento de habilitación».

de los Estados miembros correspondientes y con ACER. Tras la reforma, y en el caso de las infraestructuras con destino u origen en un tercer país, la autoridad reguladora del Estado miembro en el que esté situado el primer punto de interconexión con la red de los Estados miembros puede cooperar con las autoridades competentes del tercer país, previa consulta a las autoridades reguladoras de los demás Estados miembros afectados para, en relación con dichas infraestructuras, velar por la aplicación coherente de la DG de 2009 en el territorio de los Estados miembros<sup>43</sup>.

33. Tras la reforma, los operadores de un sistema de transporte y otros operadores económicos gozan de libertad para mantener en vigor o celebrar acuerdos técnicos sobre cuestiones relativas a la gestión de gasoductos de transporte entre un Estado miembro y un tercer país, en la medida en que dichos acuerdos sean compatibles con el Derecho de la UE y con las decisiones pertinentes de las autoridades reguladoras nacionales de los Estados miembros de que se trate. Estos acuerdos deben notificarse a las autoridades reguladoras del Estado miembro afectado<sup>44</sup>.

#### IV. La transposición de la reforma de la Directiva a Derecho español

34. El Gobierno español aprobó el Real Decreto-ley núm. 27/2020. Aunque el tema principal del Real Decreto-ley nada tenía que ver con la industria del gas, sino con la situación financiera de los Ayuntamientos españoles, la DA 6ª contenía las exenciones a la separación de actividades y al acceso a la capacidad de los gasoductos con terceros países, exenciones exigidas por la reforma de la DG de 2009. Por su parte, la DF 5ª llevaba a cabo las pertinentes modificaciones de la LSH. Ese Real Decreto-ley no fue convalidado por las Cortes españolas. Tras ese intento fallido, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley núm. 34/2020. Las exenciones a favor de los gasoductos con Argelia se encuentran en el art. 4 y en virtud de la DF 2ª se llevan a cabo varias modificaciones de la LSH<sup>45</sup>. Cuando se escriben estas líneas, el Real Decreto-ley no ha sido convalidado todavía, pero nada parece indicar que no lo vaya a ser, dada la ausencia de controversia política respecto de las normas relativas a los gasoductos, como respecto del resto de normas que lo integran.

35. En este apartado IV se hace una presentación de los aspectos generales de la transposición, mientras que algunos de ellos relativos a las excepciones en materia de separación de actividades y de acceso a la capacidad de los gasoductos, se examinan en los apartados V y VI, respectivamente.

36. El art. 4 del Real Decreto-ley 34/2020 tiene por encabezamiento, el siguiente: «*exenciones temporales relativas a los gasoductos de transporte con destino u origen en países no pertenecientes a la Unión Europea*». Dispone que los gasoductos de transporte de gas natural denominados Medgaz y Magreb-Europa, que transcurren por las aguas territoriales españolas hasta las terminales de recepción situadas, respectivamente en Almería y en Tarifa (Cádiz), quedan exceptuados temporalmente de lo establecido en los arts. 63.3, 63 bis, 63 ter y 70 de la LSH, durante un periodo de 12 meses. Esos preceptos de la LSH son los relativos a la separación de actividades, a la certificación del gestor de la red de transporte y al acceso a la red de transporte.

37. Las exenciones temporales otorgadas pueden verse extendidas por Orden del titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, previa solicitud motivada del titular o titulares, que debe ser presentada con al menos ocho meses de antelación a la finalización del periodo de la exención temporal otorgada. Estas extensiones, en su caso, deben ajustarse, en cuanto al plazo y al procedimiento para su aprobación, a lo establecido en el art. 71 bis de la LSH (el Ministerio puede requerir toda la documentación que considere necesaria para evaluar la solicitud).

<sup>43</sup> Nueva redacción del art. 41, 1, letra c, de la DG de 2009. En el mismo sentido, el nuevo apartado 6 del art. 42 de la DG de 2009.

<sup>44</sup> Nuevo art. 48 bis, de la DG de 2009.

<sup>45</sup> *Vid. epígrafe I, 3.*

**38.** El art. 71 bis es introducido por el Real Decreto-ley núm. 34/2020<sup>46</sup>, con el encabezamiento «*exenciones relativas a los gasoductos de transporte con destino u origen en países no pertenecientes a la Unión Europea*». Establece que los gasoductos de transporte con destino u origen en países no pertenecientes a la UE cuya construcción hubiera finalizado con anterioridad al 23 de mayo de 2019 (fecha de entrada en vigor de la reforma) pueden quedar exceptuados de lo establecido en los arts. 63, 3, 63 bis, 63 ter y 70 de la LSH, durante un periodo máximo de 20 años prorrogables en casos debidamente justificados. Los titulares pueden solicitar la exención, cuando se justifique por razones objetivas como permitir la recuperación de la inversión realizada, por motivos de seguridad del suministro, el funcionamiento efectivo del mercado interior del gas en la UE y cuando la exención no sea perjudicial para la competencia. El Ministerio resuelve previo informe de la CNMC, en relación al eventual impacto sobre la competencia o el funcionamiento efectivo del mercado interior del gas en la UE, otorgando o denegando la exención, en función de las razones objetivas mencionadas. La resolución de la prórroga de exención puede establecer limitaciones que contribuyan a la consecución de esos objetivos<sup>47</sup>.

**39.** La exención no implica la inclusión de las instalaciones en el régimen retributivo del sector de gas natural<sup>48</sup>. En este punto la reforma sigue la misma pauta que con las posibles excepciones al régimen de acceso a infraestructuras nuevas (o las modificaciones de instalaciones existentes que supongan aumento significativo de capacidad o que permitan el desarrollo de nuevas fuentes de suministro de gas que por sus características singulares así lo requieran), porque la exención, de acuerdo con la LSH supone la no inclusión de la instalación en el régimen retributivo del sector de gas natural<sup>49</sup>. La *exención* aplicable a gasoductos con terceros países opera sobre gasoductos ya existentes, mientras que la otra opera sobre nuevas infraestructuras o ampliación de las existentes. La forma de redacción de la «no inclusión» en el régimen retributivo es distinta. Respecto de los gasoductos internacionales, la *exención* no implica la inclusión. En el caso de las infraestructuras nuevas o ampliaciones de las existentes, la exención supone la no inclusión. A mi juicio, no hay que conceder importancia a esa diferente manera de expresarse. Parece lógico que todas ellas quedes extraídas del régimen económico integrado, para evitar los riesgos financieros que su inclusión implicaría, de otra manera.

**40.** Señala la LSH que, en el caso de conexiones internacionales con instalaciones de países terceros, que no formen parte de la UE, la excepción de la obligación de acceso a instalaciones nuevas se ha de hacer constar en la planificación en materia de hidrocarburos elaborada por el Gobierno de acuerdo con lo establecido en el art. 4 de la LSH<sup>50</sup>. Esta excepción es respecto de nuevos gasoductos o ampliación de los existentes. No se trata de la excepción que rige para los gasoductos con terceros países, ya existentes, pues a estos segundos se les aplica las reglas introducidas con la reforma de la DG de 2009 en 2019 y las reglas que España aprueba para transponer esa reforma.

**41.** La capacidad no utilizada en los gasoductos internacionales con terceros países debe ser ofrecida en el mercado de forma transparente, objetiva y no discriminatoria, y los usuarios de las infraestructuras tienen derecho a vender la capacidad contratada en el mercado secundario<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> DF 2<sup>a</sup>, 4, del Real Decreto-ley núm. 27/2020.

<sup>47</sup> Art. 71 bis, apartados 1, 2 y 3, de la LSH, introducido por el Real Decreto-ley núm. 34/2020.

<sup>48</sup> Art. 71 bis, 4, primer párrafo, de la LSH, introducido por el Real Decreto-ley núm. 34/2020.

<sup>49</sup> Art. 70, 6, primer párrafo, de la LSH, en relación con el art. 71, también de la LSH. Este apartado 6 fue añadido (como apartado 5) por el art. 31 del Real Decreto-ley núm. 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. La redacción actual del primer párrafo procede del art. 2, Dieciocho, del Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo. El art. único, Diecinueve, de la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio, introdujo un último párrafo en este apartado 6, que fue suprimido por el art. 2, Dieciocho, del Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo, y que decía así: «Reglamentariamente se desarrollará el procedimiento de autorización de esta exención de acuerdo con la normativa comunitaria».

<sup>50</sup> Art. 70, 6, segundo párrafo, de la LSH.

<sup>51</sup> Art. 71 bis, 4 (párrafo segundo), de la LSH, introducido por el Real Decreto-ley núm. 34/2020.

42. Los titulares de las instalaciones exceptuadas (gasoductos con terceros países) deben remitir a la CNMC y al Ministerio un informe anual (antes de la finalización del primer trimestre) con el detalle de la utilización de la capacidad de gasoducto durante el año natural inmediatamente anterior, las empresas que han accedido a las instalaciones con las cantidades transportadas por cada una de ellas, precios de acceso, así como cualquier otra información que la CNMC o el Ministerio soliciten. Transcurridos dos años del otorgamiento de la exención, los titulares de las instalaciones exceptuadas deben remitir al Ministerio un calendario de actuaciones para garantizar el pleno cumplimiento de lo establecido en los arts. 63, 3, 63 bis, 63 ter y 70 de la LSH, antes de que finalice el periodo de la exención<sup>52</sup>.

Los titulares de las instalaciones de conexión con terceros países deben llevar cuentas separadas de las actividades de transporte y comercialización y deben incluir las cuentas en el informe anual<sup>53</sup>.

## V. La separación de actividades

### 1. La separación de actividades en la industria del gas natural

43. La separación de actividades gasistas es uno de los pilares del Derecho relativo a la creación de un mercado interior del gas natural en Europa. Las Directivas europeas iniciales de 1998 y 2003 contenían reglas sobre la separación contable, jurídica y funcional, entre las variadas actividades gasistas (transporte, distribución, producción y comercialización o suministro). La DG de 2009 contiene igualmente unas reglas de separación de actividades, principalmente relativas a la separación de las redes de transporte y distribución del resto de actividades gasistas (como la producción y la comercialización). Una de las novedades más importantes de la DG de 2009 es que contempló también –como opción, con una consideración preferente– la separación patrimonial o propietaria (junto con los otros tipos de separación que habían introducido las Directivas de 1998 y 2003). La finalidad de las reglas de separación es introducir una mayor transparencia en el sector del gas natural, facilitar el acceso a las redes para que exista más competencia y aumentar la seguridad del suministro, la cual depende de una adecuada gestión de las redes.

44. La red básica española de gas natural está integrada por los gasoductos de transporte primario de gas natural a alta presión (su presión máxima de diseño es igual o superior a 60 bares. Y se diferencia –dentro de la red básica– entre una red troncal y una red de influencia local. La red troncal comprende los gasoductos de transporte primario interconectados esenciales para el funcionamiento del sistema y la seguridad de suministro, excluyendo la parte de los gasoductos de transporte primario utilizados fundamentalmente para el suministro local de gas natural. Se consideran incluidas en la red troncal, en todo caso, *las conexiones internacionales del sistema gasista español con otros sistemas*, las conexiones con yacimientos de gas natural en el interior o con almacenamientos básicos, las conexiones con las plantas de regasificación, las estaciones de compresión y los elementos auxiliares necesarios para su funcionamiento. Mediante una Orden Ministerial se detallaron qué instalaciones forman parte de la red troncal<sup>54</sup>, donde se incluye Tarifa (EMPL) y Almería (Medgaz). La Red de influencia local está formada por gasoductos de transporte utilizados fundamentalmente para el suministro local de gas natural.

45. De acuerdo con las normas europeas, el art. 63, 1, de la LSH española exige que las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución tengan como objeto social exclusivo el desarrollo de tales actividades sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o comercialización, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades. De acuerdo con el art. 60, 1, de la LSH esas cuatro actividades tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funciona-

<sup>52</sup> Art. 71 bis, 5, de la LSH, introducido por el Real Decreto-ley núm. 34/2020.

<sup>53</sup> Art. 71 bis, 6, de la LSH, introducido por el Real Decreto-ley núm. 34/2020.

<sup>54</sup> Orden núm. IET/2434/2012, de 7 de noviembre, por la que se determinan las instalaciones de la red básica de gas natural pertenecientes a la red troncal de gas natural (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012).

miento se ha de ajustar a lo previsto en la LSH. Este precepto traza una incompatibilidad clara entre las actividades reguladas y las actividades liberalizadas (producción o comercialización). Adicionalmente, otros preceptos establecen una separación entre el transporte y la distribución.

46. El art. 63, 2, de la LSH establece que los transportistas que operen alguna instalación comprendida en la red básica de gas natural, deben tener como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte. Los transportistas son aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de regasificación de GNL, de transporte o de almacenamiento básico de gas natural<sup>55</sup>. Los transportistas pueden incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte, pero deben llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte.

47. Esas tres previsiones de la LSH (art. 60, apartado 1, y art. 63, apartados 1 y 2) afectan a los gasoductos EMPL y Medgaz porque gestionan dos gasoductos de transporte, concretamente una conexión internacional del sistema gasista español. La conexión internacional es el punto constituido por la *brida del gasoducto*, en territorio español, a partir de la cual el gasoducto es ya propiedad y responsabilidad de ENAGAS. La DF 2ª del Real Decreto-Ley núm. 34/2020 no exime a las sociedades operadoras de estos dos gasoductos de esa obligación de tener actividades reguladas como objeto social exclusivo, es decir, no les exime de cumplir con los apartados 1 y 2 del art. 63, de la LSH. La exención que introduce el Real Decreto-ley núm. 34/2020 es en relación con el art. 63, 3, de la LSH, que es el precepto que establece la opción (para las empresas propietarias de gasoductos de la red troncal, como son Medgaz y EMPL) entre una separación patrimonial o un sistema en el cual se disocia entre la propiedad del gasoducto y su gestión, que es llevada a cabo por un operador independiente.

48. Dado que el Real Decreto núm. 34/2020 exime a los gasoductos con terceros países del cumplimiento del art. 63, 3, de la LSH, analizamos a continuación su contenido. Ese apartado del art. 63 de la LSH confiere a las empresas propietarias de instalaciones pertenecientes a la red troncal de gasoductos la opción de operar y gestionar sus propias redes (TSO), o de ceder la gestión de las mismas a un gestor de red independiente (ISO). Examinamos la primera opción en el epígrafe V.2 y, la segunda, en el epígrafe V.3. Si esas empresas no acuden ni a un ni a otro régimen, entonces pueden mantenerse bajo un régimen de separación funcional, llamado sistema ITO (sistema explicado en el epígrafe V.4). El Real Decreto-ley núm. 34/2020 exime igualmente, a los gasoductos con terceros países, de la obligación de certificar a los gasoductos como TSO o como ISO, contemplada en los arts. 63 bis y 63 ter, ambos de la LSH (cuestión analizada en el epígrafe V.5).

## 2. La separación propietaria o patrimonial

49. Las Directivas del mercado interior del gas natural de 1998 y 2003 habían introducido la exigencia de separación contable, jurídica y funcional. La DG de 2009 introdujo la separación patrimonial, pero no la impuso, tan sólo la ofreció como una alternativa (si bien aquellos Estados miembros que la tuviesen ya implantada en el momento de la entrada en vigor de la DG de 2009, quedaron obligados a mantenerla). La DG de 2009 contiene unas reglas de separación de actividades entre el transporte, la distribución, la producción y el suministro. Respecto del transporte, la DG de 2009 ofrece a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre una separación llamada patrimonial o propietaria (sistema TSO), una separación funcional (sistema ITO) o una separación consistente en encomendar la gestión de la red a un operador independiente (sistema ISO).

50. De acuerdo con la fórmula de la separación patrimonial de la DG de 2009, los Estados miembros debieron garantizar que, a partir del 3 de marzo de 2012, toda empresa propietaria de una

<sup>55</sup> Art. 58, letra a, párrafo primero, de la LSH.

red de transporte actuase como gestor de la red de transporte. La versión inglesa de la DG de 2009 se refiere a un *transmission system operator* ó TSO, para designar al gestor de la red de transporte y por eso a este sistema de separación patrimonial se le llama sistema TSO. Se llama separación patrimonial (o propietaria) porque la empresa propietaria de la red de transporte, que actúa como un TSO, debe dedicarse exclusivamente a esa actividad de transporte, sin que pueda ser controlada por otra empresa (u otras empresas) del sector gasista. Inversamente, el TSO no puede tener control ni participaciones sobre otras empresas del sector gasista.

### A) La introducción en España de un sistema de separación patrimonial en 2000

51. El sistema de separación patrimonial opera en España sobre ENAGAS desde varios años antes de que fuese previsto por la DG de 2009. La implantación de esta separación patrimonial en el sector del transporte del gas en España se llevó a cabo en cuatro pasos, a partir de la creación de una Disposición Adicional específica (la vigésima), en la LSH, para ENAGAS, en el año 2000.

En primer lugar, en 2000, un Real Decreto-ley obligó a la empresa entonces propietaria de ENAGAS a desinvertir en ella, y prohibió que ninguna empresa tuviese más del 35% de sus acciones<sup>56</sup>.

En segundo lugar, en 2003, el límite fue rebajado del 35% al 5%<sup>57</sup>.

En tercer lugar, en 2007 se añadió que nadie que participase en el capital de ENAGAS podría ejercer derechos políticos en dicha sociedad por encima del 3 por 100; y aquellos sujetos que realizasen actividades en el sector gasista y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente participasen en el capital de éstos en más de un 5 por 100, no podrían ejercer derechos políticos en el Gestor Técnico del Sistema (ENAGAS) por encima del 1 por 100. Se estableció una excepción a favor del sector público empresarial, con la vista puesta en un futuro aumento de la participación gubernamental en ENAGAS, que hoy alcanza el 5%; asimismo, se estableció que la suma de participaciones directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector de gas natural, no podrá superar el 40 por 100<sup>58</sup>.

En cuarto lugar, en 2011 se creó una nueva disposición específica para ENAGAS (la trigésimo primera), dentro de la LSH, que contiene el Derecho hoy vigente que se le aplica, tanto en lo que se refiere a la separación, dentro de la empresa, entre el transportista y el gestor técnico del sistema, como en lo atinente a la separación patrimonial del transportista. Una característica idiosincrásica del Derecho español es la figura del Gestor Técnico del Sistema (gasista), que es algo distinto del TSO (*transmission system operator* o gestor de la red de transporte). El Gestor Técnico del Sistema tiene facultades de ordenación sobre todo el sistema, y no sólo sobre la infraestructura de ENAGAS. De esta manera, en España hay que distinguir entre tres figuras: a) ENAGAS-Gestor Técnico del Sistema; b) ENAGAS-transportista y c) ENAGAS-gestor de una red de transporte (TSO). La reforma llevada a cabo en 2011 persigue ahondar en la separación entre dos facetas o aspectos de ENAGAS: la gestión técnica del sistema y el transporte. Siendo la gestión técnica del sistema una función característica del Derecho español, no existente, propiamente, en el Derecho europeo, la reforma de 2011 no vino a implementar la DG de 2009. De hecho, la Ley de 2011 que llevó a cabo tal reforma no menciona la DG de 2009.

Con la aprobación de esa nueva disposición adicional, quedó ENAGAS obligada en 2011 a constituir dos sociedades filiales. Debe ostentar la totalidad del capital social de ambas y les corresponden las funciones de gestor técnico del sistema y transportista, respectivamente. A la filial que ejerce las funciones del Gestor Técnico del Sistema le son de aplicación todas las disposiciones de la LSH relativas a la gestión técnica y a la sociedad filial que ejerza la actividad de transportista le son de aplicación todas las disposiciones de la LSH relativas a la citada actividad de transporte. Los gasoductos de transporte primario que forman parte de la red troncal le son autorizados de forma directa a ENAGAS.

<sup>56</sup> Versión original de la DA 20ª de la LSH, añadida por el art. 10 del Real Decreto-ley núm. 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

<sup>57</sup> DA 20ª de la LSH, según la redacción que le dio el art. 92, Tres, de la Ley núm. 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>58</sup> DA 20ª de la LSH, según la redacción que le dio el art. único, Cuarenta y nueve, de la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio.

**52.** La reforma de 2011 confirmó las reglas de separación patrimonial existentes e introdujo algunos detalles nuevos. Son las reglas vigentes en la actualidad. Ninguna persona física o jurídica puede participar directa o indirectamente en el accionariado de la sociedad matriz, en una proporción superior al 5 por 100 del capital social, ni ejercer derechos políticos en dicha sociedad por encima del 3 por 100. Estas acciones no pueden sindicarse a ningún efecto. Aquellos sujetos que realicen actividades en el sector gasista y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de éstos en más de un 5 por 100, no pueden ejercer derechos políticos en la sociedad matriz por encima del 1 por 100. Estas limitaciones no son aplicables a la participación directa o indirecta correspondiente al sector público empresarial. Las participaciones en el capital social no pueden sindicarse a ningún efecto. Asimismo, la suma de participaciones directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector de gas natural, no puede superar el 40 por 100.

**53.** A efectos de computar la participación en el accionariado, se atribuyen a una misma persona física o jurídica, además de las acciones y otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, tal y como éste se define en el art. 5 del Real Decreto Legislativo núm. 4/2015, de 23 de octubre, sobre grupos de sociedades, que establece que, *«a los efectos de esta ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio»*<sup>59</sup>; en consecuencia, se computan aquellas cuya titularidad corresponda:

- a) A las personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión. Se entiende, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración.
- b) A los socios junto a los que aquélla ejerza el control sobre una entidad dominada conforme a lo previsto en el art. 4 de la LMV.

En todo caso, se tiene en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título.

El incumplimiento de la limitación en la participación en el capital se considera infracción muy grave a los efectos señalados en el artículo 109 de la LSH, siendo responsables las personas físicas o jurídicas que resulten titulares de los valores o a quien resulte imputable el exceso de participación en el capital o en los derechos de voto, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos anteriores. En todo caso, es de aplicación el régimen sancionador previsto en la LSH.

ENAGAS, S.A. no puede transmitir a terceros las acciones de las filiales que realicen actividades reguladas.

**54.** Las limitaciones de los porcentajes de participación y no transmisibilidad de las acciones no son aplicables a otras filiales que ENAGAS, S.A. pueda constituir para el desarrollo de actividades empresariales distintas del transporte regulada en el art. 66 de la LSH, la gestión de la red de transporte y la gestión técnica del sistema gasista nacional<sup>60</sup>.

**55.** Cuando en España estaban en vigor esas normas de separación patrimonial, impuestas sobre el principal transportista (ENAGAS), introducidas entre 2000 y 2007, se aprobó la DG de 2009. Era evidente que el Derecho español cumplía ya, mayoritariamente, con la DG de 2009, pero en 2012 se llevaron a cabo varias reformas en la LSH, para que el cumplimiento de la Directiva fuese completo. Estas reformas se explican a continuación.

<sup>59</sup> El precepto remite al art. 4 de la Ley núm. 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, pero esa Ley fue derogada por el Real Decreto Legislativo núm. 4/2015 (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015). El art. 5 del Real Decreto Legislativo es igual al art. 4 de la Ley núm. 24/1988.

<sup>60</sup> DA Trigésima primera, de la LSH, fue añadida por la DF 6ª, Uno, de la Ley núm. 12/2011, de 27 de mayo.

**B) La transposición de la Directiva de 2009, mediante el Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo**

56. En 2012 se traspuso a Derecho español la DG de 2009. Por una parte, se estableció que ENAGAS, S.A. no puede realizar a través de las dos filiales constituidas en 2011, actividades distintas de la gestión técnica del sistema, el transporte y la gestión de la red de transporte. Del mismo modo dichas filiales reguladas no pueden adquirir participaciones en las sociedades con objeto social distinto. La clara finalidad de estas previsiones fue remarcar la separación entre el transporte de gas natural y otras actividades no relacionadas con el transporte<sup>61</sup>.

De otra parte, se introdujeron en 2012 en la LSH las reglas propias de la separación patrimonial. Se hizo mediante la inclusión de un nuevo apartado (el número 3) en el art. 63 de la LSH. De conformidad con ese art. 63, 3, de la LSH, las empresas propietarias de instalaciones pertenecientes a la red troncal de gasoductos deben operar y gestionar sus propias redes o ceder su gestión de las mismas a un gestor de red independiente.

57. La DG de 2009 da una triple alternativa para la organización del transporte de gas natural: a) o un sistema de TSO (separado patrimonialmente, pues), b) o un sistema de gestor de transporte independiente (ITO, por sus siglas en inglés: *independent transmission operator*), lo cual significa una separación funcional (el transporte de gas puede permanecer en un grupo energético verticalmente integrado, pero deben establecerse reglas de separación funcional) o c) un sistema de gestor de red independiente (ISO, por sus siglas en inglés: *independent system operator*), donde la empresa propietaria de la red de transporte mantiene la propiedad pero encomienda su gestión a un tercero independiente.

58. Pues bien, la LSH española, en relación con la red troncal, no ofrece una triple alternativa, sino sólo doble: o una separación patrimonial o un sistema ISO. Es decir, las empresas que sean propietarias de instalaciones de la red de transporte troncal no pueden optar por mantener esas instalaciones dentro de un grupo verticalmente integrado, con reglas de separación funcional.

59. Si se elige el sistema de separación patrimonial, los gestores de red de transporte deberán cumplir unas condiciones de independencia, establecidas en el propio art. 63, 3, de la LSH y que son las siguientes<sup>62</sup>:

a) Ninguna persona física o jurídica tiene derecho:

1. A ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo actividades de producción o suministro y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en la red troncal de gasoductos.
2. A ejercer control de manera directa o indirecta sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte troncal y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro<sup>63</sup>.

b) Ninguna persona física o jurídica, tendrá derecho a nombrar a los miembros del órgano de administración de un gestor de red de transporte o una red troncal de transporte, y, directa o

<sup>61</sup> DA 32ª de la LSH, con el encabezamiento «Sociedades filiales de ENAGAS, S.A.», añadida por el art. 2, Treinta y cinco, del Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo.

<sup>62</sup> El apartado 3 del art. 63 de la LSH fue añadido por el art. 2, Diez, del Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo. La redacción vigente procede del art. 67, Dos, de la Ley núm. 18/2014, de 15 de octubre, que también añadió la letra c.

<sup>63</sup> A los efectos de lo dispuesto en el apartado 3, letra a, del art. 63 de la LSH, se incluye también dentro del concepto de «empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o comercialización» a aquellas que realicen las actividades de generación o suministro en el sector de la electricidad y en el término «gestor de red de transporte» al operador del sistema eléctrico o gestor de red de transporte en el sector de la electricidad (art. 63, 3, penúltimo párrafo, de la LSH).

indirectamente, a ejercer control o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro.

- c) Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho a ser miembro del órgano de administración, simultáneamente en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro y de un gestor de la red de transporte o de la red troncal de transporte.

Los derechos indicados en las letras a) y b) anteriores incluirán en particular:

- 1º La facultad de ejercer derechos de voto.
- 2º La facultad de designar a miembros del órgano de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa.
- 3º La posesión de una parte mayoritaria conforme se establece en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

Las reglas anteriores son las mismas establecidas en el art. 9, apartados 1 y 2, de la DG de 2009.

ENAGAS tiene unas reglas específicas de separación patrimonial (Disposición Adicional trigésimo primera, de la LSH<sup>64</sup>) y se sobrentiende que son más concretas y exigentes (en lo que a la independencia se refiere) que las contenidas en este art. 63, 3, de la LSH.

### 3. El gestor de red independiente o ISO

**60.** Tras establecer las reglas de independencia que han de regir si se opta por el sistema de separación patrimonial, la LSH ofrece la alternativa del sistema ISO<sup>65</sup>. Establece la LSH que, no obstante el sistema de separación patrimonial, aquellas empresas transportistas, que fuesen propietarias de instalaciones de la red troncal con anterioridad al día 3 de septiembre de 2009 y que por formar parte de un grupo empresarial al que pertenezcan sociedades que desarrollen actividades de producción o comercialización no den cumplimiento a las reglas de separación patrimonial, pueden optar por mantener la propiedad de las instalaciones de la red troncal siempre y cuando cedan su gestión a un gestor de red independiente en las condiciones establecidas en el art. 63 quáter, de la LSH.

**61.** Establece el art. 63 quáter de la LSH que las empresas deben proponer un ISO entre las empresas que hayan obtenido la certificación de cumplimiento de los requisitos de separación de actividades de transporte y deben solicitar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, su aprobación. Dicha designación está supeditada a la aprobación de la Comisión Europea y puede ser denegada en caso de que el ISO no cumpla alguno de los requisitos establecidos en la LSH y su normativa de desarrollo.

**62.** El ISO deber demostrar que dispone de los recursos humanos, técnicos, financieros y físicos necesarios para llevar a cabo sus funciones; y disponer de capacidad para cumplir con las obligaciones que impone el Reglamento núm. 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento núm. 1775/2005, incluida la cooperación de los transportistas en los ámbitos europeo y regional.

**63.** Las funciones que debe llevar a cabo el ISO en relación con las instalaciones de la red troncal cuya gestión le hayan sido encomendadas son: a) conceder y gestionar las solicitudes de acceso a las instalaciones; b) firmar los contratos y recaudar los peajes correspondientes al acceso de terceros a las instalaciones; c) explotar, mantener y desarrollar la red de transporte de acuerdo con lo previsto en la planificación obligatoria, en la LSH y su normativa de desarrollo; d) planificar las infraestructuras ne-

<sup>64</sup> Véase apartado V.2.A.

<sup>65</sup> Art. 63, 3, último párrafo, de la LSH.

cesarias para el correcto funcionamiento de las instalaciones que gestionan, tramitar las autorizaciones correspondientes y construir las mismas, siempre y cuando las instalaciones no sean objeto de adjudicación directa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 67.1 de la LSH. De acuerdo con el párrafo cuarto de este precepto (segunda frase), en el caso de las instalaciones que formen parte de la red troncal, la construcción y la explotación de las instalaciones son autorizadas de forma directa a la empresa titular de la mayor parte de las instalaciones de la red troncal; e) adoptar las medidas necesarias para dar cobertura a las responsabilidades correspondientes a sus funciones en relación con los activos cuya gestión le hayan sido cedidos.

**64.** Los propietarios de instalaciones de la red troncal que hayan cedido su gestión a un ISO deben: a) cooperar y apoyar al ISO para el desarrollo de sus funciones, incluida la aportación de toda la información necesaria; b) adoptar las medidas necesarias para dar cobertura a la responsabilidad derivada de sus activos, exceptuando la correspondiente a las funciones del gestor de red independiente; c) financiar las inversiones decididas por el ISO y aprobadas por la CNMC, o dar su consentimiento para que sean financiadas por cualquier parte interesada, incluido el ISO; los correspondientes mecanismos de financiación deben ser aprobados por la CNMC, que previamente debe consultar al propietario de los activos junto con otras partes interesadas; d) aportar las garantías necesarias para facilitar la financiación de cualquier ampliación de la red, con excepción de las inversiones para cuya financiación por cualquier parte interesada haya dado su consentimiento; e) no son competentes para la concesión y gestión del acceso de terceros a las instalaciones cedidas ni de la planificación de inversiones.

El ISO y el propietario de las instalaciones de la red troncal deben firmar un contrato en el que se detallen las condiciones contractuales, así como las responsabilidades de cada uno. El contrato debe ser aprobado por la CNMC.

La CNMC controla que el propietario de la red de transporte y el ISO cumplen lo establecido. Puede solicitar la información que considere necesaria para el ejercicio de sus funciones y realizar inspecciones, incluso sin previo aviso, de las instalaciones tanto del titular de las instalaciones de transporte como del ISO.

La CNMC actúa como órgano de resolución de conflictos entre el titular de la instalación de transporte y el ISO, cuando uno de ellos lo reclame.

#### **4. La separación funcional (sistema ITO)**

**65.** La empresa titular de instalaciones de transporte que no formen parte de la red troncal, que esté integrada en un grupo energético, puede permanecer en tal grupo, pero respetando unas reglas de separación funcional. Dado que el Real Decreto-ley núm. 34/2020 exige a los gasoductos con terceros países de estar separado patrimonialmente o de designar a un ISO, entonces la fórmula de la separación funcional (fórmula ITO) adquiere importancia para el gasoducto MEDGAZ y para el gasoducto EMPL.

**66.** El art. 63, 4, de la LSH establece que un grupo de sociedades puede desarrollar actividades incompatibles de acuerdo con la LSH, siempre que sean ejercitadas por sociedades diferentes, y se cumplan los siguientes criterios de independencia<sup>66</sup>:

- a) Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no pueden participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de producción o comercialización.
- b) Los grupos de sociedades deben garantizar la independencia de las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas mediante la protección de sus

---

<sup>66</sup> Las reglas de separación funcional fueron introducidas en la LSH en 2007, para transponer la DG de 2003, mediante la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio. Fueron modificadas mediante Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo. La última versión (que es la vigente) de este apartado 4 del art. 63 de la LSH se la dio art. 67, Tres, de la Ley núm. 18/2014, de 15 de octubre.

intereses profesionales. En particular, deben establecer garantías en lo que concierne a su retribución y su cese.

Las sociedades que realicen actividades reguladas y las personas responsables de su gestión que se determine no pueden poseer acciones de sociedades que realicen actividades de producción o comercialización.

Asimismo, en relación con las actividades reguladas, las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades de distribución no pueden participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de la actividad de transporte, y viceversa.

Además, las sociedades que realicen actividades reguladas así como sus trabajadores no pueden compartir información comercialmente sensible con las empresas del grupo de sociedades al que pertenecen en el caso de que éstas realicen actividades liberalizadas.

- c) Las sociedades que realicen actividades reguladas deben tener capacidad de decisión efectiva, independiente del grupo de sociedades, con respecto a activos necesarios para explotar, mantener, o desarrollar las instalaciones de regasificación de gas natural licuado, y de transporte, almacenamiento, y distribución de gas natural.

No obstante, el grupo de sociedades tiene derecho a la supervisión económica y de la gestión de las referidas sociedades, y pueden someter a aprobación el plan financiero anual, o instrumento equivalente, así como establecer límites globales a su nivel de endeudamiento.

En ningún caso puede el grupo empresarial dar instrucciones a las sociedades que realicen actividades reguladas respecto de la gestión cotidiana, ni respecto de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de activos de regasificación de gas natural licuado, y de transporte, almacenamiento, y distribución de gas natural, siempre que no se sobrepase lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente.

Las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de esas reglas deben consignarse en un Código de Conducta y su cumplimiento debe ser evaluado por un sujeto independiente.

## **5. La certificación de los gestores de red de transporte**

### **A) Obligación de certificación y exención de certificación**

**67.** El Real Decreto-ley núm. 34/2020 exime a los gasoductos con terceros países de la obligación de obtener las certificaciones a que se refieren los arts. 63 bis y 63 ter, de la LSH, cuyas exigencias se analizan a continuación.

**68.** De conformidad con el art. 63 bis, de la LSH<sup>67</sup>, las sociedades mercantiles que actúen como TSO o como ISO deben ser autorizadas y designadas como tales por la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, a solicitud de las interesadas. Los TSO y los ISO deben obtener previamente una certificación de cumplimiento de los requisitos de separación de actividades otorgada por la CNMC en relación con el cumplimiento de los requisitos de separación de actividades establecidos en el artículo 63, 3, de la LSH, y de acuerdo con el procedimiento establecido.

**69.** La CNMC controla que la sociedad designada como TSO ó ISO mantiene en el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 63.3. Las designaciones de los TSO ó ISO se notifican a la Comisión Europea a efectos de su publicación en el «DOUE».

---

<sup>67</sup> El art. 63 bis fue introducido por el art. 2, Once, del Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo.

**70.** Las empresas que pretendan ser gestores de una instalación perteneciente a la red troncal deben solicitar la certificación a la CNMC. Asimismo, aquellas empresas que hayan sido certificadas deben notificar a la CNMC cualquier transacción que pueda requerir un control del cumplimiento de los requisitos relativos a la separación de actividades, incluyendo toda circunstancia que pueda ocasionar que una persona o personas de un país no miembro de la UE asuma el control de parte de la red troncal o de un TSO.

**71.** La CNMC inicia el procedimiento de certificación tras la solicitud o notificación por la empresa interesada, tras una solicitud motivada del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico o de la Comisión Europea o a iniciativa propia en aquellos casos en los que tenga conocimiento de posibles transacciones que puedan dar o hayan dado lugar al incumplimiento de los requisitos establecidos en relación a la separación de actividades.

La CNMC, previa audiencia y de forma motivada, debe adoptar una resolución provisional sobre la certificación en el plazo máximo de cuatro meses desde la presentación de la solicitud o notificación. Transcurrido dicho plazo sin haberse dictado resolución expresa se considera que la certificación provisional ha sido concedida.

En todos los casos, la CNMC debe comunicar a la Comisión Europea su resolución provisional en relación con la certificación de la empresa interesada acompañada de la documentación pertinente relativa a la misma, con el fin de que ésta emita el correspondiente dictamen previo a la adopción de la resolución definitiva. Asimismo remitirá copia del expediente al Ministerio español.

De no emitir un dictamen la Comisión Europea en el plazo previsto al efecto en la legislación comunitaria, se considerará que no pone objeciones a la resolución provisional de la CNMC.

En el plazo de dos meses desde la recepción del dictamen emitido por la Comisión Europea, o agotados los plazos previstos al efecto en la legislación comunitaria, la CNMC debe resolver con carácter definitivo sobre la certificación, dando cumplimiento a la decisión de la Comisión Europea. Dicha resolución, junto con el dictamen de la Comisión Europea, deberá publicarse en el BOE y en el DOUE. La certificación no surte efectos hasta su publicación.

En cualquier fase del procedimiento, la CNMC y la Comisión Europea pueden solicitar a la empresa transportista o a las empresas que realicen actividades de producción o comercialización cualquier información útil para el cumplimiento de las tareas recogidas en este artículo. La CNMC debe garantizar la confidencialidad de la información sensible a efectos comerciales.

**72.** En cuanto a la certificación en relación con países no pertenecientes a la UE, el art. 63 ter contiene otras previsiones<sup>68</sup>. Cuando se solicite una certificación por parte de una empresa que esté controlada por una persona o personas de uno o más países no miembros de la UE, la CNMC lo ha de notificar a la Comisión Europea, así como toda circunstancia que pueda ocasionar que una persona o personas de uno o más terceros países asuman el control de parte de la red troncal o de un gestor de red de transporte. La CNMC debe iniciar el proceso de certificación de acuerdo con el procedimiento y plazos previstos en el artículo 63 bis, de la LSH. En cualquier caso, la CNMC ha de denegar la certificación si no se ha demostrado: a) que la entidad en cuestión cumple los requisitos del art. 63 de la LSH, y b) que la concesión de la certificación no pone en peligro la seguridad de suministro energético nacional y de la UE, teniendo en cuenta los derechos y obligaciones de España y de la UE con respecto al tercer país, y otros datos y circunstancias específicos del caso y del tercer país de que se trate.

**73.** En la notificación de la resolución provisional a la Comisión Europea, la CNMC debe solicitar un dictamen específico sobre si la entidad en cuestión cumple los requisitos de separación de actividades, y si la concesión de la certificación pone en peligro la seguridad del suministro de energía a la UE. Cuando la resolución definitiva difiera del dictamen de la Comisión Europea, la CNMC debe comunicar y hacer público, junto con la resolución, su motivación.

<sup>68</sup> El art. 63 ter, de la LSH, fue introducido por el art. 2, Doce, del Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo y entro en vigor el 3 de marzo de 2013 (DF 8ª del Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo).

## B) La certificación de empresas españolas

74. ENAGAS Transporte, SAU y REGANOSA fueron certificadas como gestoras de red de transporte en virtud de las Resoluciones, respectivas, de 26 de julio de 2012 y de 4 de febrero de 2014, de la CNMC<sup>69</sup>. Posteriormente, ENAGAS y REGANOSA fueron designadas como gestoras de red de transporte de gas natural de sus respectivas infraestructuras<sup>70</sup> (TSO).

Enagás Transporte, SAU fue certificada como gestora independiente de la red troncal de SAGGAS<sup>71</sup> y de Enagás Transporte del Norte, S.L.<sup>72</sup>; posteriormente fue designada como gestor independiente de las instalaciones de la red troncal de transporte de SAGGAS<sup>73</sup> y de Enagás Transporte del Norte, S.L.<sup>74</sup>

## VI. El acceso y la asignación de capacidad en los gasoductos internacionales

### 1. Planteamiento

75. La reforma operada en 2019 sobre la DG de 2009, al ampliar el concepto de interconector, ha tenido como consecuencia que ahora el Derecho europeo impone expresamente la obligación de dar acceso a los gasoductos con terceros países. La propia reforma contempla, sin embargo, que determinados gasoductos con terceros países puedan quedar exentos de la obligación de dar acceso. Cuando en 2017 la Comisión europea propuso la reforma de la DG de 2009 (que condujo a la aprobación de la Directiva 692/2019), parecía claro que, una vez aprobada, se aplicarían a los gasoductos con terceros países toda la normativa propia del Mercado Interior del gas natural, no sólo la DG de 2009. Esto es lo que se afirmaba en la memoria: «*Con las modificaciones propuestas, la Directiva sobre el gas en su totalidad (así como los actos jurídicos relacionados, como el Reglamento sobre el gas, los códigos de red y las directrices, a menos que se disponga lo contrario en esas leyes) se volverá aplicable a los gasoductos hacia y desde terceros países, incluidos los existentes y futuros, hasta la frontera de la jurisdicción de la UE. Esto incluye las disposiciones respectivas sobre acceso de terceros, regulación de tarifas, separación de propiedad y transparencia*»<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> Respectivamente, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2012 y BOE núm. 75, de 27 de marzo de 2014. Véase la Resolución de 5 de abril de 2018, de la CNMC, sobre la certificación de Regasificadora del Noroeste, SA, con respecto a la adquisición de acciones de la compañía por parte de Sojitz Corporation (BOE núm. 99, de 24 de abril de 2018).

<sup>70</sup> Respectivamente, Orden núm. IET/1942/2014, de 14 de octubre, por la que se autoriza y designa a Enagas transporte, SAU como gestor de red de transporte de gas natural (BOE núm. 257, de 23 de octubre de 2014) y Orden núm. IET/241/2015, de 12 de febrero, por la que se autoriza y designa a Regasificadora del Noroeste, SA como gestor de red de transporte de gas natural (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2015).

<sup>71</sup> Resolución de 14 de noviembre de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, sobre la certificación de Enagas Transporte, SAU como gestor independiente de la red de SAGGAS (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013). SAGGAS y Enagás Transporte, SAU, firmaron el 10 de diciembre de 2013 un “Contrato de prestación de servicio relativo a la gestión de instalaciones de la red troncal de transporte titularidad de la Planta de Regasificación de Sagunto, S.A.” en el que se detallan las condiciones contractuales, así como las responsabilidades de cada uno de ellos. Dicho contrato fue aprobado mediante la Resolución de la CNMC de 14 de noviembre de 2013 de acuerdo con lo establecido en el artículo 63. quáter de la LSH. Véase, también, el Informe y propuesta de Resolución en el Expediente C-0652/15 ENAGAS/OSAKA/UFG/SAGGAS, de 2 de junio de 2015.

<sup>72</sup> Resolución de 26 de noviembre de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, sobre la certificación de Enagas Transporte, SAU como gestor independiente de la red de Enagas Transporte del Norte SL (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013).

<sup>73</sup> Orden núm. IET/21/2015, de 12 de enero, por la que se aprueba la designación de Enagás Transporte, SAU como gestor de red independiente de las instalaciones de la red troncal titularidad de la empresa Planta de Regasificación de Sagunto, S.A. (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2015).

<sup>74</sup> Orden núm. IET/20/2015, de 12 de enero, por la que se aprueba la designación de Enagás Transporte, SAU como gestor de red independiente de las instalaciones de la red troncal titularidad de Enagás Transporte del Norte, S.L. (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2015).

<sup>75</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas (Text with EEA relevance)* {SWD(2017) 368 final}, COM(2017) 660 final 2017/0294 (COD), Bruselas, 8 de noviembre de 2017.

76. España contempla el acceso a los gasoductos de conexión internacional de una manera amplia, inclusiva de los gasoductos con terceros países. Eso no significa, sin embargo, que el régimen jurídico del acceso y de la reserva de capacidad en los gasoductos con terceros países haya sido el mismo que el régimen jurídico del acceso y la capacidad en los gasoductos que conectan dos Estado miembros. Las reglas de asignación de capacidad, diseñadas para el fomento de la competencia en el Mercado Interior, son más constrictivas para el dueño del gasoducto que une dos Estados miembros que para el propietario del gasoducto con terceros países (esas reglas más constrictivas son las contenidas en el Reglamento de 2009 y sus normas de desarrollo). La razón estriba en que el poder de la UE sobre este segundo tipo de gasoductos es limitado, porque están ubicados (en mayor o menor extensión) fuera de las fronteras territoriales de la UE y del mar territorial de alguno de sus Estados. El propósito de este apartado VI es la determinación de qué grupo normativo se aplica en España al acceso a gasoductos con terceros países, pero no analizar detalladamente el régimen jurídico derivado del grupo normativo aplicable.

## 2. Inexistencia de una previsión específica sobre acceso a los gasoductos con terceros países en la versión original de la DG de 2009. El caso español

77. La DG de 2009 obliga a los Estados miembros a que garanticen la aplicación de un sistema de acceso de terceros a la red de transporte, basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados, incluidas las empresas de suministro, de forma objetiva y sin discriminación entre usuarios de la red<sup>76</sup>. La DG de 2009 obliga igualmente a dar acceso a las redes de gasoductos previas, pero no se trata de un acceso *regulado*, como el acceso al transporte, sino *negociado*, y se da en la forma que determine el Estado miembro, de conformidad con los instrumentos jurídicos pertinentes. La DG de 2009 permite que, a la hora de conferir (o denegar) el acceso a esa red de gasoductos previos, los Estados miembros tengan en cuenta un conjunto de circunstancias distintas a las que se tienen en cuenta en el acceso al transporte<sup>77</sup>.

78. Para conocer el alcance de la obligación de dar acceso, es decir, para conocer qué infraestructuras quedan sujetas a la obligación de dar alcance y, más concretamente aún, para saber si los gasoductos de transporte con terceros países quedan sujetos a esa obligación, debemos acudir a las definiciones de la DG de 2009. Son relevantes aquí las definiciones de i) «*red previa de gasoductos*»: todo gasoducto o red de gasoductos explotados o construidos como parte de un centro de producción de petróleo o de gas, o utilizados para transportar gas natural de uno o más de dichos centros a una planta o terminal de transformación o a una terminal final costera de descarga; b) de «*transporte*»: el transporte de gas natural por redes constituidas principalmente por gasoductos de alta presión, distintas de las redes de gasoductos previas; y c) de «*interconector*»: una línea de transporte que cruza o supera una frontera entre Estados miembros con el único fin de conectar las redes de transporte nacionales de dichos Estados miembros<sup>78</sup>.

79. Pues bien, los gasoductos internacionales con terceros países no parecen quedar excluidos de la obligación de dar acceso, aunque no están expresamente mencionados. Una red previa procedente de un tercer Estado podría tener cabida dentro de la definición de red previa de la DG de 2009, cuando se trate de un gasoducto que una un yacimiento (de un país tercero) con una terminal de transformación o a una terminal final costera de descarga. La definición amplia de transporte de la DG de 2009 acogería también un gasoducto de transporte con un tercer país. En la versión original de la DG de 2009, el interconector era sólo el interconector entre Estados miembros, no con terceros países. La DG de 2009 no da acceso expreso a los interconectores, sino al transporte, pero los interconectores son, sin lugar a dudas, una parte del transporte. Es decir, que la DG de 2009 da acceso a los interconectores. Aunque los gasoductos con terceros países no eran interconectores, según la versión original de la DG de 2009, sí

<sup>76</sup> Art. 32, 1, de la DG.

<sup>77</sup> Art. 34 de la DG.

<sup>78</sup> Art. 2, apartados 2, 3 y 17, de la DG.

podrían considerarse (teóricamente) como una parte del transporte e, incluso, como una red previa de gasoductos.

**80.** A pesar de lo anterior, aun cuando los gasoductos con terceros países pudieran entenderse comprendidos dentro de las definiciones de «transporte» y de «red previa de gasoductos» de la DG de 2009, no parece que la norma tuviese ningún propósito de ser aplicada a tales gasoductos. No parece que la intención de la versión original de la DG de 2009 fuese incluir dentro de su ámbito de aplicación a los gasoductos con terceros países, dadas las objeciones que, desde el punto de vista del Derecho internacional, podrían suscitarse, por violación del principio de territorialidad de las normas. Puede afirmarse, incluso, que la DG de 2009, en su versión original, deja fuera de su ámbito aplicativo no sólo al tramo exterior de los gasoductos con terceros países (es decir, al tramo que recorre el territorio del tercer Estado), sino a la parte de ese gasoducto que entra en el territorio de un Estado miembro. No es que la DG de 2009 excluyese expresamente de su ámbito de aplicación a esos gasoductos, sino, sencillamente, que en el espíritu de la norma aletea la finalidad de aplicarse a todas las infraestructuras gasistas de la UE, salvo aquellas que conectan la UE con terceros Estados. Así como en la DG de 2009 se daba acceso a la línea de transporte que unía a dos países miembros de la UE, había que entender que no se confería acceso a los gasoductos que unen a un país miembro con un tercer país.

**81.** En la DG de 2009, lo *transfronterizo* es siempre relativo a las fronteras interiores de la UE, es decir, fronteras entre Estados miembros. Esto resulta evidente en todos los lugares que la DG de 2009 emplea la expresión «transfronterizo» y, en especial, en el art. 42. Que los gasoductos con terceros países no están contemplados por la DG de 2009, queda confirmado por la propia reforma del DG de 2009 en el año 2019. La ampliación de la definición de interconector a los gasoductos con terceros países, tiene como consecuencia que ahora hay también derecho de acceso a tales gasoductos.

**82.** Antes de la reforma de 2019 no se imponía a los Estados miembros la obligación de dar acceso a gasoductos con terceros países, aunque, lógicamente, no se les prohibía que dieran tal acceso<sup>79</sup>. De hecho, el Derecho español confiere acceso a esos gasoductos con terceros desde la LSH de 1998. Lógicamente, el Derecho español nunca trató de hacer una aplicación extraterritorial de sus normas. Al contrario, las normas españolas se han referido al tramo nacional de los gasoductos internacionales. Por ejemplo, el art. 3, 1, letra e, del Real Decreto núm. 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural<sup>80</sup>, establecía que quedaban incluidos dentro del régimen de acceso de terceros, «los gasoductos de conexión internacional, entendiendo como tales *los comprendidos en el territorio nacional* que conectan la red nacional con las redes de gasoductos de otros países o con yacimientos o almacenamientos existentes en otros países». Con palabras parecidas señala en la actualidad el art. 2, 1, letra e, del Real Decreto 984/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el mercado organizado de gas y el acceso de terceros a las instalaciones del sistema de gas natural<sup>81</sup>, que incluye dentro del sistema regulado de acceso «*los gasoductos de conexión internacional, entendiendo como tales los ubicados en el territorio español que conectan la red nacional con las redes de gasoductos de otros países o con yacimientos o almacenamientos existentes en otros países*». Ahora bien, al sujetar a las previsiones de

<sup>79</sup> Sobre la discusión acerca de si la DG de 2009 se aplicaba, o no, a gasoductos con terceros países, véase I. HERRERA ANCHÚSTEGUI y N. CUNHA RODRIGUES, *Extraterritorial Effects of EU Law Over Gas Pipelines*, o.c., epígrafe 3 (*Extraterritoriality of EU energy law ann situation before and under the Gas Directive 2009/73*), donde citan las posturas de varios autores: L. HANCHER y A. MARHOLD, *A common EU framework regulating import pipelines for gas? Exploring the Commission's proposal to amend the 2009 Gas Directive*, en «Journal of Energy & Natural Resources Law», núm. 37 (2019), pp. 289-303; A. RILEY, *Nord Stream 2: A Legal and Policy Analysis*, CEPS - Energy Climate House, Bruselas 2016; K. Talus, *EU Energy Law and Nord Stream 2 Pipeline Project: from Applicability to Legislative Action*, en «International Energy Law Review», núm. (2018), pp. 162-170; y K. TALUS, *Application of EU energy and certain national laws of Baltic sea countries to the Nord Stream 2 pipeline project*, en el «Journal of World Energy Law & Business» núm. 10 (2017), pp. 30-42, y EU GAS MARKET AMENDMENT - DESPITE OF COMPROMISE, PROBLEMS REMAIN, EN «OIL, GAS AND ENERGY LAW (OGEL)», NÚM. 17 (2019).

<sup>80</sup> BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2011.

<sup>81</sup> BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

la LSH a todas las conexiones internacionales (sin excluir las conexiones con terceros países), entonces estaba produciendo un aplicación indirecta (o refleja) de sus previsiones sobre todo el gasoducto<sup>82</sup>. Sin embargo, la aplicación de las normas de acceso españolas a esos gasoductos en tramo español carecía de virtualidad práctica, por cuanto el gas que había de transitarlo había sido contratado y decidido en origen, fuera de las fronteras españolas.

**83.** La DG de 2009 no se aplicaba, por tanto, a los gasoductos con terceros países. Esta interpretación es la única posible para entender la reforma de 2019, que se llevó a cabo, precisamente, para conferir derecho de acceso a los gasoductos con terceros países (aun cuando, a renglón seguido, establece la posibilidad de conceder una excepción a la aplicación del art. 32 -donde se encuentra recogida la obligación de dar acceso-, a favor de aquellos gasoductos de conexión con terceros países que estuviesen ya operativos antes de la entrada en vigor de la reforma).

### **3. La aplicación del Reglamento de 2009 y las normas aprobadas en su desarrollo (códigos de red) a los gasoductos con terceros países**

**84.** Las argumentaciones ofrecidas en el epígrafe anterior acerca de cómo ha de interpretarse la ausencia de una previsión específica sobre el acceso a los gasoductos con terceros países, son igualmente válidas en relación con el Reglamento de 2009. Este Reglamento versa sobre el acceso a las líneas de transporte de gas natural en la Unión Europea, incluyendo a los gasoductos transfronterizos. No hay ninguna referencia los gasoductos con terceros países y aunque la posibilidad de que los Estados miembros diseñen un régimen propio de acceso a tales gasoductos no queda excluida, ha de entenderse que las previsiones del Reglamento se aplican exclusivamente a los gasoductos que unen Estado miembros entre sí, es decir, a los interconectores. En principio, la ampliación de la definición de interconector en la DG de 2009, tras la reforma de 2019, no afectaría al ámbito de aplicación del Reglamento, cuyas previsiones se aplican exclusivamente a los gasoductos dentro de la UE (dentro de un Estado miembro, o entre dos Estados miembros). Sin embargo, ya hemos visto que en la Memoria explicativa de la Directiva 692/2019 se dice que el efecto de la reforma es que se aplica a esos gasoductos con terceros países no sólo la DG de 2009, sino también los actos jurídicos relacionados, como el Reglamento de 2009, los códigos de red y las directrices. Añade la Memoria, sin embargo, lo siguiente: «*a menos que se disponga lo contrario en esas leyes*».

**85.** El Reglamento núm. 984/2013, de la Comisión, de 14 de octubre, de 2013, por el que se establece un código de red sobre los mecanismos de asignación de capacidad en las redes de transporte de gas y se completa el Reglamento (CE) no 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, fue derogado por el Reglamento núm. 2017/459 de la Comisión, de 16 de marzo de 2017, por el que se establece un código de red sobre los mecanismos de asignación de capacidad en las redes de transporte de gas y por el que se deroga el Reglamento núm. 984/2013<sup>83</sup>. En ambos Reglamentos (vigente y derogado) su artículo 2 establece cuál es el ámbito de aplicación, en los mismos idénticos términos: «*El presente Reglamento será de aplicación a los puntos de interconexión. También podrá aplicarse a los puntos de entrada y de salida desde y hacia terceros países, con sujeción a la decisión de la correspondiente autoridad reguladora nacional*».

---

<sup>82</sup> El caso español introduce así un pequeño matiz en la afirmación de Herrera y Cunha, quienes afirman que la no aplicación de la DG de 2009 a gasoductos con terceros países se confirma por la práctica de los Estados miembros de no exigir la aplicación de la DG de 2009 a tales gasoductos. Bien es verdad que se trataba de una previsión más teórica que práctica, que la aplicación de las normas españolas lo era sobre el tramo nacional español de esos gasoductos, y que la organización del acceso a esos gasoductos con terceros países no podía hacerse de la misma manera que a los gasoductos con países de la UE: I. HERRERA ANCHÚSTEGUI y N. CUNHA RODRIGUES, *Extraterritorial Effects of EU Law Over Gas Pipelines, o.c.*, epígrafe 3(Extraterritoriality of EU energy law ann situation before and under the Gas Directive 2009/73).

<sup>83</sup> DOUE L 72, de 17 de marzo de 2017.

**86.** Para entender el precepto transcrito hay que recordar dos cosas. En primer lugar, que (en ese contexto) los puntos de interconexión son puntos de interconexión dentro de la UE (normalmente, de interconexión entre dos países, aunque puede ser dentro del mismo país), pero sus previsiones se pueden aplicar, según disponga la autoridad reguladora nacional, a los puntos de entrada y de salida desde y hacia terceros países. En segundo lugar, que los Reglamentos europeos sobre asignación de capacidad no se aplican, en principio, a los gasoductos con terceros países (al menos, por supuesto, hasta la reforma de 2019).

En caso de que la autoridad reguladora nacional adopte la decisión de aplicar el Reglamento núm. 2017/459 en puntos de entrada y salida de gasoductos con terceros países, entonces se aplicarán a tales puntos algunas previsiones del Reglamento núm. 2017/460 de la Comisión de 16 de marzo de 2017 por el que se establece un código de red sobre la armonización de las estructuras tarifarias de transporte de gas<sup>84</sup>; este Código de Red trata de desarrollar las previsiones del art. 13 del Reglamento de 2009 sobre las tarifas de acceso.

#### 4. El Derecho de acceso a los gasoductos internacionales en Derecho español

**87.** Los gasoductos y, en particular, los gasoductos internacionales, plantean problemas de competencia, dado que se trata de una infraestructura de capacidad limitada, en comparación con el número de operadores que desean utilizarlos. Por esa razón, las normas específicas de la industria del gas tienen reglas para que se proceda a una asignación equitativa de capacidad a los solicitantes, para luchar contra el *hoarding* (acaparamiento, que consiste en comprar toda la capacidad y luego no utilizarla o utilizar menos de la contratada, para expulsar a los competidores) y para garantizar una tarificación justa que no desincentive el acceso y que no sea favorable a aquellos operadores que, por la razón que fuere (incluyendo la pertenencia al mismo grupo energético) tienen intereses comunes al propietario del gasoducto.

**88.** Cuando la CNMC autorizó en 2020 la toma de control completo de MEDGAZ por parte de SONATRACH y Naturgy, tuvo en cuenta que «inicialmente, prácticamente toda la capacidad de transporte del gasoducto estaba reservada por accionistas de MEDGAZ, pero es a raíz de la presente operación (de concentración), cuando más de un 50% de su volumen de negocios estará contratado con terceros independientes»<sup>85</sup>. En realidad, esa contratación con terceros independientes operaba ya antes de la operación de concentración. Se subraya que la «capacidad total de MEDGAZ está asignada no solo a sus accionistas sino también a terceros (el escrito de la CNMC oculta aquí, en aras de la protección de la confidencialidad de las empresas implicadas, la capacidad contratada por cada uno de esos terceros), mediante contratos de largo plazo (20 años) y que están vigentes hasta 2031. MEDGAZ no dispone de contratos de transporte en el periodo posterior al año 2031, si bien los contratos de transporte actuales prevén la prórroga por un periodo (el escrito de la CNMC oculta aquí, en aras de la protección de la confidencialidad de las empresas implicadas, el periodo en el cual el contrato está prorrogado)»<sup>86</sup>. La circunstancia de que el uso del gasoducto vaya a quedar, a raíz de la operación de concentración (lo estaba ya), abierto al uso de otras empresas distintas de las accionistas, es una razón que abona la autorización dada por la CNMC.

**89.** En relación con el uso del gasoducto, el escrito de la CNMC incluye un párrafo que puede llevar a confusión a aquellos lectores no familiarizados con la normativa europea sobre el particular: «En el caso de las conexiones internacionales, la contratación de acceso a las interconexiones con otros países de la Unión europea (UE), se regula según lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 984/2013 de la Comisión, de 14 de octubre de 2013 y el Reglamento (CE) n.º 715/2009, que gestionan la asignación de capacidad mediante un sistema de subastas. En relación a la contratación de capacidad en las inter-

<sup>84</sup> DOUE núm. 72, de 17 de marzo de 2017.

<sup>85</sup> Informe y Propuesta de Resolución del Expediente C/1104/20 NATURGY / SONATRACH / MEDGAZ, de la CNMC, Sala de Competencia, de 24 de marzo de 2020, que autoriza la concentración, párrafo 14.

<sup>86</sup> *Ibidem*, párrafo 33.

*conexiones con países no pertenecientes a la UE, Enagás, es la encargada de ofertar la capacidad de estos puntos mediante un sistema cronológico (asignación por orden de llegada de las solicitudes). Respecto a la asignación de la capacidad del gasoducto MEDGAZ, ésta se realiza en base a negociaciones bilaterales entre MEDGAZ y los operadores que deseen introducir gas en el sistema gasista español a través de esta infraestructura»<sup>87</sup>.*

**90.** Los gasoductos MEDGAZ y GME son «conexiones internacionales» (lo es, concretamente, la *brida* que separa el gasoducto que llega hasta territorio español, a partir de la cual pasa a ser responsabilidad de ENAGAS), pero la asignación de capacidad en ellos no se rige (obligatoriamente) por los Reglamentos europeos citados, ya que los gasoductos a los cuales se aplican ambas normas son los gasoductos que conectan dos países de la Unión Europea, es decir, los gasoductos europeos transfronterizos. El Reglamento núm. 984/2013, de la Comisión, de 14 de octubre, de 2013, que cita la CNMC en ese párrafo, está derogado. Concretamente, estaba derogado desde el año 2017, cuando se aprobó el Reglamento núm. 2017/459.

**91.** En el caso español, el escrito de la CNMC recuerda acertadamente que es ENAGAS quien ofrece la capacidad existente en los gasoductos con terceros países y en la asignación se va a guiar por el principio *prior in tempore potior in iure* (criterio cronológico), un principio que no rige en la asignación de capacidad en los gasoductos transfronterizos europeos, donde la subasta (*open season*) es el método habitual de asignación. En el caso concreto de asignación de la capacidad del gasoducto MEDGAZ, se realiza en base a negociaciones bilaterales entre MEDGAZ y los operadores que deseen introducir gas en el sistema gasista español a través de esta infraestructura.

**92.** La LSH sujeta a la obligación de dar acceso, también a las conexiones internacionales por gasoducto con instalaciones de países terceros. La LSH garantiza, en efecto, el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas que se determinan en las normas de desarrollo de la LSH<sup>88</sup>. El precio por el uso de estas instalaciones viene determinado por el peaje, canon y cargo correspondiente. La obligación de dar acceso está establecida por la LSH sobre todas las instalaciones, sin exclusión de los gasoductos internacionales.

De hecho, el Real Decreto núm. 949/2001 dispuso expresamente que quedaban incluidas en el régimen de acceso de terceros los gasoductos de conexión internacional, entendiéndose como tales los comprendidos en el territorio nacional que conectan la red nacional con las redes de gasoductos de otros países o con yacimientos o almacenamientos existentes en otros países<sup>89</sup>.

**93.** El Real Decreto núm. 984/2015<sup>90</sup> se aplica también a los gasoductos de conexión internacional, entendiéndose como tales los ubicados en el territorio español que conectan la red nacional con las redes de gasoductos de otros países o con yacimientos o almacenamientos existentes en otros países (art. 2, 1, letra e). Ese Real Decreto se aprueba a la vista del Reglamento de 2009 y del Reglamento 984/2013 (luego derogado por el Reglamento 2017/459). Eso quiere decir que la asignación de capacidad a las instalaciones bajo su ámbito de aplicación no se lleva a cabo, generalmente, mediante el criterio cronológico, sino mediante sistemas de mercado, como establece su art. 8, 1: «*La asignación de capacidad de acceso a las instalaciones incluidas en el régimen de acceso de terceros se realizará preferentemente mediante procedimientos de mercado*». Dada la forma de redacción del art. 2,2, letra e, del Real Decreto 984/2015 parece que los gasoductos con terceros países quedan también sujetos a sus previsiones sobre asignación de capacidad. Sin embargo, ulteriores previsiones de la norma tienen como objeto exclusivo las conexiones internacionales por gasoducto con otros países de la Unión Europea (por ejemplo, las previsiones contenidas en estos preceptos: art. 11, 1, párrafo 2º; art. 12, 2; DT 1ª; Anexo, 3, letra d).

<sup>87</sup> *Ibidem*, párrafos 38 y 39.

<sup>88</sup> Art. 60, 3, de la LSH.

<sup>89</sup> Art. 3, 1, letra e, del RD núm. 949/2001.

<sup>90</sup> Véase epígrafe VI.2.

**94.** Las diversas disposiciones y resoluciones que se han venido aprobado a raíz de la aceleración del proceso de creación de un mercado interior europeo del gas natural, han tenido por objeto la regulación del acceso en gasoductos transfronterizos dentro de la UE, no los gasoductos con terceros países. Durante unos años (hasta su derogación en 2015) algunas previsiones del Real Decreto 949/2001 se aplicaban en materia de reserva y renuncia la capacidad, con preferencia a la normativa europea, por cuanto tal normativa había de aplicarse en situaciones de congestión, no en gasoductos no congestionados<sup>91</sup>.

**95.** En desarrollo de las normas europeas y de la LSH se aprobó la Circular núm. 1/2014, de 12 de febrero, de la CNMC, por la que se establecieron los mecanismos de asignación de capacidad a aplicar en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa. Esta Circular está derogada. Unos días después se dictó la Resolución de 20 de febrero de 2014, de la CNMC, por la que se aprueba el contrato marco para el acceso al sistema de transporte y distribución de Enagás Transporte, SAU, mediante conexiones internacionales por gasoducto con Europa con participación en los procedimientos de asignación de capacidad mediante subasta<sup>92</sup>. Mediante Resolución de 18 de enero de 2018, de la CNMC, se aprobó el contrato marco para el acceso al sistema de transporte y distribución de Enagás Transporte, S.A.U., mediante conexiones internacionales por gasoducto con Europa<sup>93</sup>. Ambas Resoluciones están ya derogadas (la primera tácitamente, la segunda expresamente). Pues bien, nada se decía en la Circular de 2014, ni en esas Resoluciones sobre el acceso a gasoductos con terceros países.

**96.** La Circular núm. 3/2017, de 22 de noviembre, de la CNMC, versa sobre los mecanismos de asignación de capacidad a aplicar, pero exclusivamente en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa<sup>94</sup>. La Circular núm. 8/2019, de 12 de diciembre, de la CNMC, establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural<sup>95</sup>. De acuerdo con su art. 2, quedan incluidas en el ámbito de aplicación de esa Circular las instalaciones sujetas al acceso de terceros conforme con lo dispuesto en el art. 60 de la LSH (instalaciones de la red básica e instalaciones de transporte y distribución). En relación con los mecanismos de asignación de capacidad, la Circular excluye de su ámbito de aplicación, las conexiones internacionales por gasoducto con Europa (art. 2, 2). Entra la duda acerca de si la exclusión de «las conexiones internacionales por gasoducto con Europa», significa, *a contrario sensu*, que sí quedan sujetas la conexiones internacionales con terceros países. La exclusión de «las conexiones internacionales por gasoducto con Europa» obedece a que la asignación de capacidad en esos gasoductos tiene su propia normativa. Nada hay en la norma que haga pensar al lector que su autor ha pensado en el acceso a y la asignación de capacidad en gasoductos internacionales (distintos de los europeos). En desarrollo de la Circular de 2019 se ha aprobado la Resolución de 15 de abril de 2020, de la CNMC, por la que se aprueba el contrato marco para el acceso a las instalaciones del sistema gasista<sup>96</sup>. Se unifica en un único contrato aquello a que se refieren las Circulares números 3/2017 y 8/2019. El contrato marco se refiere exclusivamente a los gasoductos de interconexión con Europa. Posteriormente, la Resolución de 3 de abril de 2020, de la CNMC, establece el procedimiento detallado de desarrollo de los mecanismos de mercado para la asignación de capacidad en el sistema gasista<sup>97</sup>.

**97.** La Circular núm. 6/2020, de 22 de julio, de la CNMC, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural<sup>98</sup>, tiene un ámbito más amplio e incluye, a ciertos efectos, a los gasoductos con terceros países. Su art. 10 dispone que los peajes de transporte basados en capacidad se determinan conforme a la metodología de distan-

<sup>91</sup> Véase mi trabajo *Régimen jurídico de los gasoductos transfronterizos en la Unión Europea*, en «Revista española de Derecho Europeo», núm. 72 (2019), pp. 9-42.

<sup>92</sup> BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2014.

<sup>93</sup> BOE núm. 39, de 13 de febrero de 2018.

<sup>94</sup> BOE núm. 290, de 29 de noviembre de 2017.

<sup>95</sup> BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2019.

<sup>96</sup> BOE núm. 113, de 23 de abril de 2020.

<sup>97</sup> BOE núm. 105, de 15 de abril de 2020.

<sup>98</sup> BOE núm. 202, de 25 de julio de 2020.

cia ponderada por capacidad establecida en el artículo 8 del Reglamento núm. 2017/460; y a efectos de aplicación de la metodología de distancia ponderada por capacidad, se definen los siguientes parámetros: «a) puntos de entrada a la red de transporte: i) las conexiones internacionales con terceros países mediante gasoducto (...); y b) puntos de salida a la red de transporte: i) Las conexiones internacionales con países terceros mediante gasoducto».

**98.** La Circular núm. 9/2019, de 12 de diciembre, de la CNMC, establece la metodología para determinar la retribución de las instalaciones de transporte de gas natural y de las plantas de gas natural licuado<sup>99</sup>. Nada parece excluir de su ámbito de aplicación los gasoductos de conexión internacional, incluso con terceros. De hecho, en su art. 23, que versa sobre las instalaciones singulares por sus características técnicas especiales, está pensando en gasoductos submarinos (como los gasoductos que unen España con terceros países): «Se entenderá por instalaciones singulares con características técnicas especiales aquellas instalaciones de transporte o plantas de gas natural licuado que tengan condiciones operativas o características constructivas que difieran y superen ampliamente los estándares habituales empleados en el sistema gasista nacional, como ocurre con los tendidos submarinos y sus estaciones de compresión asociadas».

## VII. Conclusiones

**99.** La reforma de la DG de 2009, en la medida en que trata de dar solución a un caso particular (el gasoducto directo entre Rusia y Alemania) provoca una desestructuración de la materia regulada. Las normas dirigidas a la creación de un Mercado Interior de gas natural en la Unión Europea (principalmente, la DG de 2009 y el Reglamento de 2009) se elaboraron para fomentar la competencia y el comercio transfronterizo de gas, pero entre Estados de la Unión Europea. En ningún momento los autores de esas normas pensaron en la extensión de su ámbito de aplicación a los gasoductos transfronterizos con terceros países. De aquí procede la desestructuración. Las normas propias del comercio transfronterizo de gas dentro de la UE no parecen adecuadas para el comercio transfronterizo de gas con países terceros, por cuanto en el primer caso hay detrás todo un *acquis* que persigue la implantación de un Mercado Interior, sin fronteras, mientras que, en el segundo caso, los terceros países están en otra estructura jurídica distinta, fuera de ese espacio común en que consiste el Mercado Interior. Inversamente, unas reglas menos exigentes (es decir, menos integradoras), que son las adecuadas para el comercio de gas natural con terceros países, no parecen tener acomodo en las normas dirigidas a crear un Mercado Interior del gas natural en la UE. Quizás eso explique que, al mismo tiempo que se extiende la ampliación de la DG de 2009 a los gasoductos con terceros países, la reforma contemple la posibilidad de conferir exenciones y excepciones, casi generalizadas. Resulta chocante que se decida que se va a aplicar el Derecho europeo al tramo del gasoducto que está en territorio de la UE o en su mar territorial, cuando esa previsión puede quedar en nada dado que el gasoducto llega ya con toda la capacidad asignada en origen (es decir, en el tramo que nace y transcurre por el tercer país, que no es miembro de la UE).

**100.** La reforma en 2019 de la DG de 2009 persiguió que los gasoductos con destino a o procedentes de terceros países, quedaran sujetos a las previsiones de la DG de 2009. Se trata de una decisión importante, para alinear la regulación de esos gasoductos con la regulación de la UE. Sin embargo, el alineamiento no es completo. Tampoco lo puede ser, ni parece conveniente, ni práctico. La aplicación de la DG de 2009 a esos gasoductos significa, principalmente, que queda sujetos a la obligación de dar acceso a terceros, así como a la obligación de separarlos de otras actividades gasistas (como la producción o el suministro). Sin embargo, la aplicación (aparentemente pretendida) del Reglamento de 2009 y de los Códigos de Red que se han ido aprobando en desarrollo de ese Reglamento, es problemática. Concretamente, las reglas de asignación de capacidad están en el Reglamento de 2009 y en el Código de Red aprobado en su desarrollo.

<sup>99</sup> BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2019.

**101.** Aunque no se puede decir que la reforma llevada a cabo en 2019 implique una *aplicación extraterritorial del Derecho de la UE*, es evidente que tras la reforma el Derecho de la energía de la UE despliega sus efectos más allá de sus fronteras. El intento de hacer aplicable todo el Derecho de la UE sobre el gas natural, en su integridad, a los gasoductos con terceros países, podría suscitar dudas de legitimidad y, sobre todo, resultaría un tanto vano, si se considera que la capacidad del gasoducto es contratada por su propietario, en origen, de acuerdo con el Derecho que sea aplicable en el territorio donde se encuentra ese tramo inicial.

**102.** A pesar de la retórica, el asunto abordado en este trabajo demuestra que no hay verdaderamente en la UE una sola voz con Rusia. El caso del *Nord Stream 2* y de la subsiguiente modificación de la DG de 2009 ilustra acerca de la necesidad de seguir esforzándose para que, en el ámbito gasista y en otros, la UE armonice su postura ate la Federación Rusa. Esta armonización no significa uniformismo, sino que los intereses energéticos de cada uno de los Estados miembros de la UE se han de perseguir en cooperación con los de otros Estados miembros y con el interés común de la UE.

**103.** En las normas europeas relativas al Mercado Interior del gas natural, lo *transfronterizo* hace referencia siempre a las fronteras entre Estados miembros. El propósito de esas normas es la creación de un Mercado Interior dentro de las fronteras de la UE, sin intención de que sus previsiones se apliquen fuera, a gasoductos con terceros países, de donde proviene el suministro para la UE. Esto ha sido así hasta la reforma de 2019. En el caso español, la situación es distinta en el plano legislativo, aunque, en la práctica, la situación es parecida a la expuesta para las normas del Mercado Interior europeo del gas natural. Desde su versión original, la LSH se refiere a las conexiones (o interconexiones internacionales), una forma de expresarse -interpretada en el contexto donde se utiliza esa expresión-, que claramente acoge también los gasoductos con terceros países (si bien la interconexión internacional es, propiamente, la brida, ubicada ya en territorio español, a partir de la cual el gasoducto pasa a ser responsabilidad de ENAGAS). En consecuencia, todas las previsiones aplicables a las infraestructuras de transporte de la red troncal (incluyendo todas las conexiones internacionales), serían aplicable a los gasoductos con terceros países. Entre esas previsiones se encuentran las relativas a la separación de actividades y el acceso a los gasoductos. Sin embargo, la situación de hecho, la que de verdad se ha aplicado desde 1998, es distinta a la que se deriva de la literalidad de la LSH. De hecho, los dos gasoductos que conectan España con terceros países (los gasoductos EMPL y Medgaz), han estado sujetos a un régimen distinto y particular.

# MARKETPLACES QUE PERSONALIZAN PRECIOS A TRAVÉS DEL BIG DATA Y DE LOS ALGORITMOS: ¿ESTA PRÁCTICA ES LEGAL EN ATENCIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO?

## MARKETPLACES THAT PERSONALIZE PRICES THROUGH BIG DATA AND ALGORITHM: IS THIS PRACTICE LEGAL ACCORDING TO EUROPEAN COMPETITION LAW?

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular acr. de Derecho internacional privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 15.01.2021 / Aceptado: 23.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5951>

**Resumen:** Las personas a nivel individual generamos día tras día una gran cantidad de datos. También los aparatos conectados (el internet de las cosas) generan mucha información cada segundo. En teoría, la información masiva sobre nosotros, no es buena ni mala, son datos. Sin embargo, los datos no sólo se generan, también se almacenan y se analizan y el problema reside en su uso. Los usos pueden ser muy variados entre sí, fines comerciales, empresariales, estratégicos, de seguridad nacional... En este trabajo analizaremos una práctica concreta, la personalización de precios y en atención a una disciplina, el Derecho de la competencia europeo. En particular, en atención al art. 102 TFUE.

**Palabras clave:** big data, algoritmo, inteligencia artificial, abuso de posición de dominio, discriminación en precios, precios dinámicos.

**Abstract:** People individually create a huge amount of data every day. Also connected devices (the internet of things) generate a lot of information every second. In theory, massive information about us is neither good nor bad, it is data. However, the data is not only generated, it is also stored and analyzed and the problem lies in its use. The uses can be very varied and they can have from commercial purposes, business objectives, strategic or to national security purposes... In this paper we will analyze a specific practice, the customization of prices and in attention to a discipline, European competition law. In particular, according to art. 102 TFEU.

**Keywords:** big data, algorithm, artificial intelligence, abuse of dominant position, discrimination in prices, dynamic prices.

**Sumario:** I. Introducción. II. Aproximación al *big data* y a la inteligencia artificial. 1. El concepto de big data. 2. Entre la inteligencia artificial, el algoritmo y el *deep learning*. III. El Derecho de la competencia y los datos masivos. 1. El cambio de perspectiva de las autoridades de competencia. 2. Los problemas que puede plantear el big data desde la perspectiva concurrencial. IV. La personalización de precios mediante el *big data* y la inteligencia artificial: análisis de su impacto desde el Derecho de la competencia europeo. 1. Aproximación al problema jurídico. 2. ¿Cómo discriminan al consumidor las plataformas de *e-commerce* en atención al *big data* y a la inteligencia artificial? 3. La discriminación de precios desde una perspectiva económica. A) Grados de discriminación en

los precios. B) Modelos económicos sobre la discriminación de precios y sus efectos en el bienestar del consumidor. 4. Abuso de posición de dominio y precios personalizados mediante el *big data*. A) Art. 102 TFUE. B) La discriminación de precios en el Derecho antitrust. C) Vías que se han venido utilizando para instrumentar esa discriminación de precios. D) Retos a los que se enfrentan las autoridades de competencia para considerar abusiva la personalización de precios mediante el *big data* y la inteligencia artificial. E) Una solución para evitar seguir discriminando a los consumidores: el pacto de compromisos. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En la actualidad las personas de forma individual generamos una gran cantidad de datos. El “like” de la red social *Facebook*, la foto que se sube a *Instagram*, la cuenta cliente que debemos formalizar para poder comprar productos mediante una *web* o las noticias que leemos a diario. Todas estas acciones que se acaban de describir son datos<sup>1</sup>. Es lo que se denomina <<huella digital>>. Todos estos datos almacenados y procesados con el correspondiente algoritmo pueden aportar información muy valiosa a las empresas sobre comportamientos de compra y gustos de los consumidores.

2. El *big data* es una herramienta muy poderosa pero también valiosa en la economía digital actual. El uso de datos masivos juega un papel transcendental en los modelos de negocio actuales. Se puede apreciar como en los últimos años ha habido un cambio en los modelos de negocio. De este modo, se podría afirmar que en muchos sectores de actividad se ha pasado de comprar productos a adquirir servicios. Diferentes ejemplos nos permitirán entender las nuevas realidades de la economía digital. Hace unos años se compraban *cd-roms* para escuchar música, ahora se consume ese producto mediante plataformas electrónicas como *Spotify*. También existía la tendencia de adquirir películas o incluso series para reproducirlas en reproductores de *dvds* que se tenían en casa, ahora todo se encuentra en plataformas como *Netflix* o *Amazon video* donde el consumidor lo puede consumir en *streaming* o descargarlo en un dispositivo para verlo donde desee. De la misma forma sucede con otros productos como la ropa, donde ya existen plataformas que por el pago de una suscripción, te permiten usar ropa durante un mes y cambiarla por otra.

Al estudiar *big data*, no es posible dejar de destacar a los gigantes tecnológicos (*Google*, *Facebook*, *Amazon*) actuales. Éstos no lo hubieran sido plataformas tan importantes sin los datos de sus consumidores. Para estas plataformas, los datos juegan un papel crucial en sus negocios. Sin embargo, aparentemente al consumidor brindan un servicio gratis. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Tras el escándalo de *Facebook* y *Cambridge Analytica*, los ciudadanos empezaron a ser más conscientes de que ese “uso gratuito” de la red social o del buscador no era a cambio de nada<sup>2</sup>. El consumidor paga un precio. Y no es otro que el acceso a sus datos<sup>3</sup>. Esto es lo que se conoce como los mercados de doble cara<sup>4</sup>. Además, hay que tener en cuenta, que los datos no sólo aportan valor a la plataforma electrónica

<sup>1</sup> Vid. sin carácter exhaustivo, A. GARCÍA VIDAL, “Big data e internet de las cosas: su impacto en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual”, en A. GARCÍA VIDAL, *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 24; C. HERRERO SUÁREZ, “Big Data and Antitrust Law”, *Revista Electrónica de Direito*, nº1 (vol. 18), 2019, p. 6.

<sup>2</sup> En 2018, Facebook perdió más de 32.000 millones de euros en Wall Street en poco tiempo, sin embargo, junto con esa pérdida de millones también se dejó gran parte de su reputación y la confianza de sus usuarios. Esto es así porque dos periódicos estadounidenses destaparon que *Cambridge Analytica*, una consultora que trabajó para el expresidente D. Trump recopiló información personal de millones de estadounidenses a través de la red social Facebook con fines electorales. Estas filtraciones también afectaron a 2,7 millones de europeos, lo que hizo que el presidente de la compañía tuviera que dar explicaciones ante el Parlamento Europeo, y fue multado tanto por las agencias nacionales de protección de datos, como la italiana, la inglesa o la española.

<sup>3</sup> European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, March 2014, pág. 10. Disponible en [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26\\_competition\\_law\\_big\\_data\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf) (consultado el 11 de diciembre de 2020).

<sup>4</sup> Para un mayor detalle vid. *ad ex.* D.S. EVANS, “Two-Sided Market definition”, *ABA Section of Antitrust Law*, pp. 1-2, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1396751](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396751) (consultado el 11 de diciembre de 2020); J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Big data, poder de mercado y abuso de posición de dominio”, en A. GARCÍA VIDAL, *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 333 y ss.

que los recopila, si no que también puede venderlos a terceros, para los cuales también pueden ser muy útiles y vitales para sus negocios. Estas transacciones con los datos ha dado lugar a que surjan figuras como los *brokers* de datos. Se trata de empresas cuyo negocio es almacenar datos personales de diversas fuentes para después agregarlos, analizarlos y usarlos para distintos fines, desde intentar descifrar<sup>5</sup>

3. Así, no es de extrañar que los datos masivos hayan sido considerados por la revista *The Economist* como “el petróleo del siglo XXI”<sup>6</sup>. La realidad es que el valor de los datos es transcendental en la economía digital. De hecho, los datos ya no sólo guardan importancia para las empresas sino también para los gobiernos, debido a que analizados de forma precisa pueden hacer unas predicciones bastante exactas y ahorrar mucho tiempo y dinero<sup>7</sup>. Esto se ha podido observar en la crisis sanitaria que vivimos por el coronavirus. Aplicaciones móviles y también algoritmos basadas en redes neuronales han permitido que los propios pacientes enfermos de *covid-19* de forma rápida y precisa a través de imágenes de su pecho puedan saber si están enfermos lo que permite que no se colapse el teléfono de emergencias<sup>8</sup>. No obstante, como cualquier aspecto, tiene sus implicaciones, positivas y negativas. Actualmente, si en pocas líneas se pudiera resumir la visión de las autoridades al respecto, especialmente las relativas a la competencia y a las de protección de datos se podría decir que su actitud es de recelo<sup>9</sup>. Esto es así debido a que *big data* puede plantear problemas en relación a la privacidad debido al tratamiento que sobre los datos personales realizan las empresas.

<sup>5</sup> Vid. esta definición proviene del informe de la *Federal Trade Commission* del año 2014, pág 9, este informe resulta especialmente interesante y se puede tener en cuenta también para el Derecho *antitrust* europeo. En él se estudia al detalle en qué consiste este negocio, su impacto, etc. tras analizar en profundidad a nueve *data brokers*.

<sup>6</sup> The Economist, “Fuel of the future: Data is given rise to a new economy”, 6 de mayo de 2017, disponible en <https://www.economist.com/briefing/2017/05/06/data-is-giving-rise-to-a-new-economy> (consultado el 12 de marzo de 2020).

<sup>7</sup> Sobre este particular vid. A. GARCÍA VIDAL, “Big data e ...”, *op.cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>8</sup> La combinación del *big data* y la inteligencia artificial ha permitido que la compañía *Alibaba* cree un algoritmo que es capaz de diagnosticar en 20 segundos si un determinado paciente sufre *Covid-19*. Este diagnóstico es fiable en un 96% y consiste en comparar la imagen del paciente con más de 5.000 imágenes tomográficas de pechos de pacientes confirmados que padecen el coronavirus. El algoritmo permite diferenciar comparando las imágenes del pecho si ese paciente padece una neumonía común o una neumonía por *covid-19*. Para un mayor detalle vid. GRANT THORNTON, “Perspectiva del *Covid-19*. Tecnología e innovación contra el coronavirus”, abril 2020, p. 6. Disponible en [https://www.granthornton.es/contentassets/e85e8bab-0bec484da84922302d67377f/consultoria\\_covid19.pdf](https://www.granthornton.es/contentassets/e85e8bab-0bec484da84922302d67377f/consultoria_covid19.pdf) (consultado el 17 de enero de 2021). Vid también, M. GASCÓN, “Crean una inteligencia artificial capaz de detectar el coronavirus en segundos con un 96% de precisión”, marzo 2020, disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4174511/0/crean-una-inteligencia-artificial-capaz-de-detectar-el-coronavirus-en-segundos-con-un-96-de-precision/> (consultado el 17 de diciembre de 2020).

<sup>9</sup> Sobre todo este recelo de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de competencia se debe al propio *modus operandi* de los gigantes tecnológicos. *Facebook* es uno de ellos, el cual fue multado por la Comisión Europea con 110 millones de euros por presentar información engañosa cuando compró *Whatsapp* en 2014. Decisión de la Comisión de 18 de mayo de 2017, asunto M.8228. También *Google*, en estos últimos años ha sido vigilado muy cerca y multado por las autoridades de competencia europeas por diferentes prácticas anticompetitivas. De hecho, en los años 2017 a 2019 se le ha sancionado tres veces, imponiéndole tres multas que suman más de 8.000 millones de euros. La primera multa fue en 2017, el montante de la multa ascendía a 2.424 millones y la razón fue por favorecer su comprador de productos *Google Shopping*. La segunda llegó en 2018, por valor de 4.343 millones, consecuencia del abuso de posición de dominio con su sistema operativo *Android*. La tercera, en marzo de 2019, por prácticas anticompetitivas en el mercado de la publicidad en buscadores de terceros, lo que permitía cimentar su posición dominante en ese mercado. El gigante *marketplace* de origen estadounidense *Amazon* tampoco se libra de las investigaciones de las autoridades de competencia europea. El 10 de noviembre de 2020, la Comisión Europea anunciaba que sus investigaciones preliminares señalaban que determinadas prácticas del gigante del *ecommerce* podrían ser constitutivo de una infracción de competencia por vulnerar el art. 102 TFUE. En particular, estas investigaciones de la Comisión se centran en: 1) el doble rol de *Amazon*. La plataforma es vendedor pero también permite que otros minoristas operen en su plataforma. Esto le permite a *Amazon* tener acceso a muchos datos no públicos sobre sus vendedores. El acceso a estos datos le habría permitido adoptar decisiones estratégicas sobre su negocio en perjuicio del resto de competidores en el mercado. Además, toda esa información sobre los vendedores que utilizan su plataforma parece ser que le habrían permitido afianzar su posición de dominio evitando riesgos típicos del comercio minorista; 2) el trato preferencial sobre sus propias ofertas. Esto es lo que se conoce como el *self-preferencing* e implica que las ofertas de *Amazon* y también la de determinados vendedores tienen preferencia de forma no objetiva decide al *buy box*. Es decir, qué vendedores pueden vender sus productos a clientes *prime*. Es necesario tener presente que el 80% de los productos que vende *Amazon* se realizan mediante el *buy box*. Vid. la nota de prensa de la Comisión Europea de 10 de noviembre de 2020 sobre este asunto, disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077) (consultado el 17 de diciembre de 2020). Para un mayor detalle sobre el autofavoritismo y sus implicaciones para la competencia vid. C. BERGQVIST, “Discrimination and self-favoring in the Digital Economy”, 2020, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3531688](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3531688) (consultado el 20 de diciembre de 2020).

4. De este modo, el impacto del del *big data* en la economía, los mercados y los derechos de las personas no es nada desdeñable. En este trabajo se va a realizar un estudio de una práctica concreta, la personalización de precios al consumidor a través del *big data* y de la inteligencia artificial y las implicaciones que tienen estas prácticas a la luz del Derecho de la competencia europeo, en particular desde la perspectiva del art. 102 TFUE.

## II. Aproximación al *big data* y a la inteligencia artificial

### 1. El concepto de *big data*

5. El término de datos masivos, macrodatos o *big data* es tan utilizado como vago e impreciso. No hay un consenso sobre el término<sup>10</sup>, sin embargo, se ha definido *big data* atendiendo a sus características. Por lo tanto, sobre este concepto se podrían destacar principalmente cuatro características, las cuales son: volumen, variedad, velocidad y valor. Es lo que los expertos han calificado como las cuatro “uves”<sup>11</sup>. Vamos a continuación a detallar cada una de las características:

1) *Volumen*. Esta característica se refiere a la cantidad. Los datos son masivos porque son muchos los que se pueden generar, almacenar y cada vez con menos coste<sup>12</sup>. La generación de datos y su recopilación crece de forma exponencial hoy en día debido a la digitalización de la economía. En un solo minuto se realizan 38 millones de búsquedas en Google. No obstante, no cualquier cantidad de datos se considera *big data*. Por ejemplo, toda la información que almacena y gestiona una empresa de tamaño medio a lo largo de 10 años no se consideraría *big data*. Aunque no hay una cantidad definida para considerar un volumen de datos como *big data* es necesario de 30 a 50 Terabytes hasta varios *petabytes*<sup>13</sup>.

Es necesario señalar que en estos años la capacidad de almacenamiento de datos se ha mejorado de forma muy considerable<sup>14</sup>. Así se puede afirmar que el almacenar los datos no es un problema en la actualidad. Sin embargo, puede que sí lo sea en un futuro cercano debido a la gran cantidad que se generan a diario por todos nosotros. Actualmente se realiza en *bytes*. Antes el almacenamiento era en dispositivos magnéticos, de éstos se pasó a los dispositivos ópticos hasta llegar a los chips de memoria flash<sup>15</sup>. Esto es así porque uno de los problemas que presentan los sistemas actuales de almacenamiento es la perdurabilidad en el tiempo. Los dispositivos donde se almacena la información tienen fecha de caducidad. No duran para siempre, los más optimistas estiman unos cien años. Sin embargo, alrededor de un 20% de los dispositivos de almacenamiento falla en los cuatro primeros años de su vida útil<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> A. CLAICI, “Big data y política de competencia”, *Papeles de Economía Española*, nº 157, 2018, pág. 253; A. GARCÍA VIDAL, “Big data e...”, *op cit*, pp. 25 y ss; C. HERRERO SUÁREZ, “Big Data and Antitrust Law”, *Revista Electrónica de Derecho*, nº1 (vol. 18), 2019, p. 6.

<sup>11</sup> V. BRÜHL, “Big data, Data Mining, Machine Learning und Predictive Analytics-ein Konzeptioneller Überblick”, *CFS working paper series*, nº 617, 2019, pp. 3 -4; L. GUIDO CARLI DI ROMA, “Big data fra potere di mercato e potere di orientamento informativo e di opinione”, *Osservatorio di Proprietà intellettuale Concorrenza e Comunicazioni*, noviembre 2016, p. 2; C. HERRERO SUÁREZ, “Big Data and Antitrust Law”, *cit.*, pág. 6; Id. “La economía de los grandes datos o big data desde el Derecho de la competencia europeo: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?”, *Red*, núm. 23, julio-diciembre 2018, pp. 3 y 4; B. LASERRE/A. MUNDT, “Competition Law and Big data: The enforcer’s view”, *Italian Antitrust review*, nº1, 2017, p. 89; J. PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al big data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 9 y ss; A.P STUCKE M.E/GRUNES., *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016, p. 15.

<sup>12</sup> CLAICI, A., “Big data y política de competencia”, *cit.*, pág. 253

<sup>13</sup> R. SRIVASTAVA, *Technomimetics versus Biomimetics. An application towards Artificial Intelligence*, Cambridge Scholars Publishing, 2020, p. 173.

<sup>14</sup> J. PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al big data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 48.

<sup>15</sup> P. RECUERDO DE LOS SANTOS, “Almacenamiento en ADN: todos los datos de internet cabrán en una caja de zapatos”, Think big/Telefónica, disponible en <https://empresas.blogthinkbig.com/almacenamiento-en-adn-todos-los-datos-de-internet-cabran-en-una-caja-de-zapatos/> (consultado el 27 de octubre de 2020). *Vid también*, *Report World Economic Forum*, “Top 10 emerging technologies 2019”, junio 2019, p. 14, disponible en <https://es.weforum.org/reports/top-10-emerging-technologies-2019> (consultado el 27 de octubre de 2020).

<sup>16</sup> *Ibidem*.

La perdurabilidad no es el único problema. También el impacto en el medio ambiente. Las empresas que ofrecen servicios en la nube para almacenar datos son conscientes de que el coste energético de los centros de datos es muy elevado<sup>17</sup>. Así, buscar alternativas más *eco-friendly* sería una solución muy deseable. Así desde hace unos años, grandes tecnológicas como Microsoft investigan cómo guardar información en formato ADN<sup>18</sup>. Esta opción es muy positiva debido a que perdura en el tiempo y el gasto energético que implica es muy bajo. La desventaja es que el proceso de guardar información por esta vía todavía es muy costoso.

2) *Velocidad*. Esta “v” hace referencia al ritmo al que se generan, almacenan y procesan los datos. La velocidad en la que se generan, procesan y almacenan los datos se ha incrementado considerablemente en los últimos años. Esta velocidad permite que los datos pueda presentar un importante impacto en la economía. No obstante, no todos los datos se deben analizar con la misma urgencia, esto dependerá del sector concreto de actividad<sup>19</sup>. Así, hay negocios donde es clave que el análisis de los datos sea prácticamente a tiempo real, *ad ex*. en los de detección del fraude<sup>20</sup>, en los relativos a las tecnologías de geolocalización que recomiendan servicios a tiempo real cuando la persona se encuentra en una determinada zona de la ciudad o en relación a distribución comercial permitiendo que el inventario de los productos pueda ser actualizado a cada momento. Un concepto importante relacionado con la velocidad del *big data* es la latencia.

La latencia sería el lapso de tiempo que transcurre entre el momento en el que sucede un evento y la posibilidad de hacer uso del mismo. Los sistemas de generación, almacenamiento y análisis de *big data* siempre presentan algún tipo de latencia. Así podríamos diferenciar tres tipos de latencia<sup>21</sup>:

- *Latencia en el almacenamiento del dato*. Es el tiempo que transcurre entre que el dato se genera y se almacena.
- *Latencia en el análisis*. Es el tiempo entre que el dato se analiza y se convierte en información útil para la toma de decisiones.
- *Latencia en la acción*. Es el tiempo de reacción que transcurre entre que se tiene la información y se toma una decisión.

De este modo, la latencia podría medirse en milisegundos, segundos o minutos pero si que es cierto que el análisis de datos a tiempo real implica que la latencia deba ser breve, ya que la toma de decisiones depende de esa velocidad de disposición del dato analizado una vez se genera. No obstante, no en todas las industrias se necesita la misma velocidad ni implica que “análisis a tiempo real” implique de inmediato. De este modo se podría diferenciar dentro del análisis a tiempo real<sup>22</sup>:

- El análisis a tiempo real bajo demanda (*on demand*). Este análisis a tiempo real es requerido bien por los usuarios o por el propio sistema. Mediante el mismo se solicita información cada cierto tiempo.
- El análisis a tiempo real en *streaming*. Este análisis consiste en un flujo continuo de una gran cantidad de datos a una alta velocidad que surge a partir de una descarga.

<sup>17</sup> F. LUCIVERO, “Big data, Big waste? A reflection on the Environmental Sustainability of Big data Initiatives”, *Science and Engineering Ethics*, 26, 2020, pp. 1009-1030.

<sup>18</sup> Para un mayor detalle *vid.* J. LANGSTON, “With a ‘hello’, Microsoft and UW demonstrate first fully automated DNA data storage”, 2019, disponible en <https://news.microsoft.com/innovation-stories/hello-data-dna-storage/> (consultado el 27 de octubre de 2020).

<sup>19</sup> J. PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al big data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 50.

<sup>20</sup> J. PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y...*, p. 51.

<sup>21</sup> Información obtenida de la siguiente web <https://www.pandaaid.com/big-data-y-analitica-en-tiempo-real-caso-empresarial/> (consultado el 9 de noviembre de 2020).

<sup>22</sup> Información obtenida de la siguiente web <https://www.pandaaid.com/big-data-y-analitica-en-tiempo-real-caso-empresarial/> (consultado el 29 de octubre de 2020).

Como consecuencia de que los datos se recopilan de forma masiva pero en relación al mundo real<sup>23</sup> y a tiempo real. Este es un aspecto con importante impacto en la gestión y prevención de una pandemia epidemiológica como la que ha provocado el coronavirus. Esta velocidad de almacenamiento y procesamiento de datos por algunas empresas ha permitido que se utilicen los datos en tiempo real dando lugar a un fenómeno conocido como “*now-casting*”<sup>24</sup>. Éste consiste en el uso de datos recientes que se actualizan de forma rápida aplicados a hechos o situaciones en el presente. Así, es posible, la realización de predicciones con un grado importante de precisión. Esta técnica se puede utilizar tanto para la predicción meteorológica como para mejorar la producción de una empresa o incluso detectar un repunte en la expansión en el virus de la gripe en la población debido a patrones como el número de búsquedas en internet de remedios para dicha enfermedad<sup>25</sup>.

3) *Variiedad*. Actualmente los datos son variados debido a que la capacidad de recopilarlos y procesarlos se ha ampliado y mejorado considerablemente<sup>26</sup>. Así, las compañías ya no sólo conocen la dirección de los clientes, ya sea física o digital (IP), sino que pueden averiguar datos muy particulares como fechas de nacimiento, sexo, gustos a través de los historiales de compra, si se está casado o soltero, si se tienen hijos y así un largo etc. Esta variedad en los datos tratados con el correspondiente algoritmo permite que las empresas puedan obtener información muy valiosa sobre los consumidores. Esta información permite conocer, ya no sólo hábitos de compra y gustos, con el fin de enviarle al consumidor publicidad adaptada a sus preferencias sino también les permitiría averiguar el “precio de reserva de los clientes”. En otras palabras, el precio que los clientes estarían dispuestos a pagar por un producto o servicio. Esto podría dar lugar a que las empresas aplicaran para el mismo producto un precio diferente en función de la información que tienen de cada cliente.

4) *Valor*. Los datos son masivos y muy variados, pero sin el procesamiento adecuado las empresas no pueden obtener información fiable y alineada a la consecución de sus objetivos. Es decir, en ese escenario de datos masivos y desordenados no aportarían mucho valor<sup>27</sup>. Por ese motivo, “un análisis adecuado” del *big data* es imprescindible<sup>28</sup>. Para que la quinta “v” (veracidad) que muchos expertos señalan exista, es necesario una análisis preciso mediante sistema de *deep learning*, rama importante del *machine learning*, ambas parte de la inteligencia artificial. Esto es así porque como determinados expertos han señalado para apreciar el impacto de los datos que poseen las compañías en la competencia en ocasiones es más importante la calidad de ese análisis, contar con un buen algoritmo que poseer muchos datos<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> M.HERLAND./ T.M.KHOSHGOFTAAR /W.WALD, *A review of data mining using big data in health informatics*, *Journal of Big Data*, 1, 2014, disponible en <https://journalofbigdata.springeropen.com/articles/10.1186/2196-1115-1-2> (consultado el 10 de noviembre de 2020).

<sup>24</sup> Vid. M.E STUCKE/A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016, p. 24. y OCDE, *Big data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 2016, pág. 6. Disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) (consultado el 10 de noviembre de 2020).

<sup>25</sup> OCDE, *Big data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 2016, pág. 6. Disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) (consultado el 15 de noviembre de 2020).

<sup>26</sup> C. HERRERO SUÁREZ, “Big Data and Antitrust Law”, cit., p. 6.

<sup>27</sup> A. GARCÍA VIDAL, “La protección de los macrodatos: exclusividad versus libre acceso”, en A. GARCÍA VIDAL, *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el. Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 40. Vid también, M. GAMBARO, “Big Data, mercato e mercati rilevante” en V. FALCE, /G. GHIDINI/G.OLIVIERI (eds.), *Informazione e Big Data. Tra informazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 197; G.MUSCOLO, «Big Data e concorrenza. Quale rapporto?», en V. FALCE, /G. GHIDINI/G.OLIVIERI (eds.), *Informazione e Big Data. Tra informazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 177.

<sup>28</sup> Vid. M.E STUCKE/A.P. GRUNES, *Big Data and...*, cit, p. 22. Vid también, A.CLAICI, “Big data y política de competencia”, cit., p. 253; C. HERRERO SUÁREZ, “Big Data and Antitrust Law”, cit., p. 7.

<sup>29</sup> N.P. SCHEPP, /A.WAMBACH, “On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, vol. 7, núm. 2, p. 122.

## 2. Entre la inteligencia artificial, el algoritmo y el *deep learning*

6. Como ya se ha puesto de manifiesto, los datos masivos sin el almacenamiento y el procesamiento adecuado pueden resultar de poca utilidad para las empresas. Para que los datos ostenten valor es necesario recurrir a técnicas de análisis de datos, también conocido como *big analytic*. Por lo tanto, la inteligencia artificial es clave para el almacenamiento, procesamiento y uso del *big data*. En esta parte del estudio vamos a estudiar qué es inteligencia artificial, algoritmo, *machine learning* y *deep learning*.

7. La inteligencia artificial es un término amplio, el cual se ha definido de forma diversa en atención al aspecto al que enfocaba el autor que la definía<sup>30</sup>. Se puede decir que se trata de un campo de la ciencia y también de la ingeniería que persigue tanto entender desde un punto de vista informático un comportamiento inteligente como la creación de artefactos que emulan este comportamiento<sup>31</sup>. Así, se podrían destacar las siguientes características atribuibles a la inteligencia artificial<sup>32</sup>:

- 1) Emular capacidad del cerebro humano.
- 2) Capacidad de entender el lenguaje natural.
- 3) Capacidad de determinar el grado de complejidad de los problemas que se planteen.
- 4) Capacidad de aprendizaje y mejora.
- 5) Capacidad de abstracción. Es decir, la posibilidad de trabajar con conceptos en lugar de eventos. En la actualidad este aspecto se encuentra poco desarrollado.
- 6) Capacidad aleatoria y de creatividad. De la misma manera, en términos generales, en la actualidad, los sistemas de inteligencia artificial no tienen un gran desarrollo de este aspecto.

Por lo tanto, la inteligencia artificial se trataría de la disciplina con la que se pueden desarrollar programas de cómputo inteligente, programas que intentan emular el cerebro humano<sup>33</sup>. Este término es muy amplio, por eso es necesario reseñar que la inteligencia artificial se divide a su vez en diferentes áreas tales como los sistemas expertos, la demostración automática de teoremas, el reconocimiento de la voz y los patrones, la robótica, el *machine learning* o las redes neuronales entre otras.

8. Otro término importante en el presente trabajo debido a la relación que guarda con el *big data* son los algoritmos. Sin el correspondiente tratamiento, es decir, sin el algoritmo correspondiente los datos pueden tener escaso valor y potencial. De este modo, por algoritmo debe entenderse las instrucciones que la máquina debe ejecutar para la resolución de un problema. En términos generales, un algoritmo sería el procedimiento que se crea en base a un conjunto de reglas estructuradas (*data inputs*) para dar un resultado<sup>34</sup>. El algoritmo es la receta de cocina de un plato que queremos elaborar. La regla de multiplicar podría ser un sencillo algoritmo. También nosotros mismos, en nuestro día a día usamos algoritmos no automáticos, *ad ex*. cuando tenemos que decidir la ropa que debemos usar. En ese caso, utilizamos *data inputs* (el tiempo que hace, la ocasión o lo cómodo que nos queremos sentir) y esos datos

<sup>30</sup> S. NAVAS NAVARRO, "Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones" en Navas Navarro, S., *Inteligencia artificial. Tecnología y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 23-24. *Vid.* también sobre este concepto, M. M. MAROÑO GARGALLO, "El concepto de inventor en el Derecho de patentes y los sistemas de inteligencia artificial", *CDT*, Vol. 12, nº 2, p. 511,

<sup>31</sup> R. PINO DIEZ/A. GÓMEZ GÓMEZ/ N. ABAJO MARTÍNEZ, *Introducción a la inteligencia artificial: sistemas expertos, redes neuronales y computación evolutiva*, Universidad de Oviedo, 2001, pág. 5 y ss. *Vid.* también Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Council, the European Economic and social committee and the Committee of the regions. Coordinated Plan on Artificial Intelligence, COM/2018/795 final, p. 1. (consultado el 15 de noviembre de 2020).

<sup>32</sup> S. GÓMEZ SÁNCHA, "Inteligencia Artificial", en M. BARRIOS ANDRÉS, *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 112-113.

<sup>33</sup> S. GÓMEZ SÁNCHA, "Inteligencia Artificial", *cit.*, p. 113.

<sup>34</sup> M.S. GAL, "Algorithms as Illegal Agreements", *Berkeley Technology Law Journal*, 2018, p. 9. disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3171977](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3171977) (consultado el 10 de diciembre de 2020).

los sopesamos en atención a nuestras circunstancias (si tengo que ir a una entrevista de trabajo, debería ir formal y no en chándal, a pesar de que en mi día a día me gusta ir cómodo)<sup>35</sup>. Un aspecto importante es que a la máquina no se le dan las instrucciones en lenguaje natural, los programadores deben traducir las reglas en el lenguaje de programación correspondiente.

9. La realidad es que los algoritmos en la actualidad pueden conseguir objetivos espectaculares gracias al *deep learning*. El *deep learning* es parte del *machine learning*, área de la inteligencia artificial<sup>36</sup>. No obstante, no todo *machine learning* tiene porque incluir técnicas de *deep learning*. Este último consiste en que el sistema sigue la técnica de *machine learning* pero usando una red neuronal artificial que se compone de un número de niveles jerárquicos. Las redes neuronales son construcciones matemáticas algebraicas complejas que intentan simular la red neuronal del cerebro humano con el objetivo de emular su funcionamiento<sup>37</sup>. El término “*deep*” (profundo) es debido a que existen muchas capas de análisis. Básicamente el funcionamiento podría ser el siguiente: en el nivel 1 de jerarquía la red aprende algo simple, una vez aprendido, envía la información al nivel 2. En este segundo nivel, se procesa la información, se combina con otros datos, se compone una información algo más compleja y se remite al nivel 3. Y así sucesivamente. El *deep learning* presenta un gran potencial debido a que permite su aplicación a grandes volúmenes de datos y poder obtener predicciones a partir de los mismos.

10. Actualmente las compañías implementan técnicas de *deep learning* en campos muy variados. *Ad ex.* para identificar el uso de fármacos ya conocidos a nuevas enfermedades, para el análisis de imágenes médicas con el fin de aumentar las posibilidades de diagnóstico en un menor tiempo y con menor coste, para identificar potenciales clientes identificar marcas y logotipos de empresas publicados en redes sociales o para un aspecto relacionado con el objetivo del presente trabajo la predicción de los gustos de los clientes.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 9.

<sup>36</sup> El *machine learning* es la capacidad de la maquina de aprender por sí misma, de autoaprendizaje. En otras palabras, se trata de un área de la inteligencia artificial que consiste en que los sistemas aprendan a realizar tareas que llevan a cabo los humanos y que no pueden programarse como tradicionalmente se ha venido haciendo. Es decir, con programadores introduciendo códigos concretos a las máquinas. Aquí el término “aprendizaje” debe entenderse como la capacidad de la máquina de poder diferenciar entre imágenes de objetos, de animales o de personas, detectar las diferentes cláusulas que componen un contrato, traducir un texto de un idioma a otro, entre otras muchas. Este proceso de aprendizaje se desarrolla en dos fases: 1) acumulación de datos; 2) entrenamiento de la máquina. En la primera fase se almacenan una gran cantidad de datos. En función del objetivo perseguido se deben acumular unos datos u otros. Si el objetivo de la máquina es detectar cláusulas problemáticas que se repiten en los contratos de distribución comercial, se deberán acumular muchos contratos de este tipo. Es decir, hay que proporcionarle a la máquina muchos datos. En la segunda fase se debe diferenciar dos tipos de entrenamiento, estos son: a) el entrenamiento asistido; b) entrenamiento desasistido. En el primero, el ser humano está detrás, es éste el que enseña a la máquina estableciendo una guía de aprendizaje. En el segundo, “el desasistido” la máquina debe aprender por sí misma. El ser humano proporciona unas reglas y un objetivo a alcanzar. Sobre este particular *vid.* S. GÓMEZ SANCHA, “Inteligencia Artificial”, *cit.*, p.114. Esta parte de la inteligencia artificial es realmente apasionante y prometedora, ya que antes los sistemas estaban programados en base a unas reglas precisas y concretas, por lo que el número de respuestas que podían aportar eran también limitadas. Sin embargo, con estos nuevos *softwares* las posibilidades de las máquinas van mucho más allá, pudiendo brindar a la sociedad oportunidades ilimitadas. Hoy en día ejemplos no nos faltan, uno podría ser *Alpha Zero*, programa que juega al ajedrez, mediante el uso de la inteligencia artificial, el cual fue creado por *Deep Mind*, propiedad de google. El programa *Deep Blue* (propiedad de IBM) supuso un hito y cambio de paradigma a finales de los 90 en cuanto a lo que se conocía en ese momento en relación al desarrollo computacional. En 1997, *Deep Blue* se batió en duelo con el campeón de ajedrez Gary Kasparov en 1997, la máquina ganó. Este programa se basaba en reglas, tenía una gran capacidad de análisis en poco tiempo por lo que antes de realizar la siguiente jugada podía analizar muchas posibilidades. Sin embargo, *Deep blue* fue derrotado en 2017 por *Alpha Zero*, un programa que a través del *machine learning*, juega contra sí mismo y extrae autoaprendizaje de todas las horas de juego que realiza. Esa capacidad de autoaprendizaje le permite una mejora en las estrategias sin límites. <https://www.lavanguardia.com/deportes/otros-deportes/20171214/433624379301/alpha-zero-deep-mind-gary-kasparov-ajedrez-inteligencia-artificial.html> (consultado el 15 de noviembre de 2020).

<sup>37</sup> S.GÓMEZ SÁNCHA, “Inteligencia Artificial”, *cit.*, p.115. Para un mayor detalle *vid* también I.GOODFELLOW/ Y.BENGIO/A. COURVILLE, *Deep Learning*. MIT Press, 2016.

## II. Derecho de la competencia y los datos masivos

### 1. El cambio de perspectiva de las autoridades de competencia

11. La OCDE elaboró un informe en el año 2013 donde ponía de manifiesto distintos métodos que se podían utilizar para estimar el valor económico de los datos<sup>38</sup>. De ese informe se puede extraer la conclusión de que la acumulación de datos para las compañías puede implicar una ventaja competitiva en muchos sectores de la economía actual. El hecho de que los datos puedan implicar tal ventaja ha dado lugar a que la visión de las autoridades de competencia haya cambiado en estos años. Así, de una perspectiva más laxa en cuanto a que la acumulación y procesamiento de datos personales no era demasiado relevante para la adquisición de poder de mercado, se ha pasado a una visión mucho más atenta, preocupada por los nuevos escenarios que puede plantear la recopilación, almacenamiento y uso de datos para la competencia<sup>39</sup>. De este modo, se podría afirmar que se ha añadido recientemente otra fuente de adquisición de poder de mercado para las empresas que operan en mercados digitales, esta es el *big data*<sup>40</sup>.

12. En nuestra opinión, esta preocupación actual por las autoridades de competencia puede ser entendida debido a dos factores:

- 1) Las concentraciones entre grandes compañías tecnológicas en poco tiempo, entre ellas *Facebook/WhatsApp*<sup>41</sup> y *Microsoft/LinkedIn*<sup>42</sup>;
- 2) El uso de información personal por las compañías tecnológicas que a simple vista ofrecen un servicio gratis al consumidor. En un primer momento, el impacto del uso de esta información sobre los consumidores por parte de las empresas se consideraba que no tenía verdadera relevancia para el Derecho de la competencia. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Ese uso de datos masivos de los consumidores por parte de las empresas que ofrecen servicios de mensajería, de transporte, de venta de bienes en mercados digitales ha hecho replantearse la situación a las autoridades de competencia.

13. En atención a lo anteriormente expuesto, se puede decir hay dos premisas que se han tenido que reconsiderar<sup>43</sup>:

- 1) *Los datos masivos no son una fuente de poder mercado*. Actualmente la consideración debe ser justo la contraria. La recopilación, tratamiento y uso de datos por las empresas puede implicar una fuente de poder de mercado y creación de barreras de entrada.
- 2) *La privacidad es un elemento ajeno al Derecho de la competencia*. Las cuestiones que afectan a la privacidad de las personas presentan tal relevancia que han trascendido de las disciplinas relativas a protección del consumidor o protección de datos. Tanto es así que va a afectar a la definición de mercado relevante y puede dar lugar a la existencia de nuevos ilícitos *antitrust* debido a la necesidad de puntualizar las teorías sobre los efectos anticompetitivos o la teoría del daño al consumidor y a los mercados.

---

<sup>38</sup> OECD (2013-06-18), "Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data"", OECD Digital Economy Papers, No. 222, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5k47zw3fcp43-en> (consultado el 16 de diciembre de 2020).

<sup>39</sup> Sobre este particular *vid.* C.HERRERO SUÁREZ, "Big Data and Antitrust Law", cit., pág. 9.

<sup>40</sup> La profesora C. HERRERO señala en su trabajo "Big Data and Antitrust Law", cit., pág. 10 que hasta hace poco tiempo las investigaciones que se realizaban sobre las vías de adquisición de poder de mercado de las grandes empresas tecnológicas se centraban básicamente en el control de infraestructuras y en la posesión de derechos de propiedad industrial o intelectual. La adquisición de poder de mercado a través de información personal se consideraba poco realista.

<sup>41</sup> European Commission, 3 October 2014, case COMP/M.7217.

<sup>42</sup> European Commission, 6 December 2016, case COMP/M.8124.

<sup>43</sup> C.HERRERO SUÁREZ, "Big Data and Antitrust Law", cit., p. 10.

## 2. Los problemas que puede plantear el *big data* desde la perspectiva concurrencial

14. El uso de datos masivos en la economía digital ha creado nuevos escenarios económicos, sociales y también concurrenciales. Esto puede dar lugar a que determinadas conductas de las empresas, muchas de ellas novedosas, donde se combina *big data* e inteligencia artificial para restringir la competencia deban ser estudiadas a la luz del art. 101 TFUE y del art. 102 TFUE pero también en relación al *Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas*<sup>44</sup>.

15. En relación a las concentraciones de empresas, se podría afirmar que es el sector de la competencia donde más repercusión se ha apreciado la problemática que conlleva el *big data*<sup>45</sup>. Los casos más importantes a nivel europeo<sup>46</sup> han sido hasta la fecha las concentraciones de *Google/DoubleClick*<sup>47</sup>, *Facebook/WhatsApp*<sup>48</sup>, *Microsoft/LinkedIn*<sup>49</sup> y *Apple/Shazam*<sup>50</sup>. En todas estas operaciones los datos han sido un aspecto clave. De hecho, se ha dado la situación de que en muchos casos las cuotas de mercado y volumen de negocio de las compañías involucradas no era *a priori* problemático, ya que se trataba de empresas jóvenes, con poca cuota de mercado. Sin embargo, el problema para la competencia surgía en relación al importante valor que aportaban estas empresas respecto de los datos que poseían. Así, autoridades de competencia como la alemana o la austriaca decidieron añadir un criterio nuevo para que una concentración debiera ser notificada a las autoridades a pesar de que los umbrales de volumen de negocio no presentaban relevancia. Este nuevo criterio tiene que ver con el valor de la transacción<sup>51</sup>. Aspecto crucial en la actualidad y que cada vez es más común debido a que las grandes tecnológicas son muy proclives a comprar *startups* que desarrollan aspectos muy concretos pero con un extraordinario valor para sus negocios y que puede implicar restricciones de competencia. Esto ha dado lugar a que la Comisión en 2016 emitiera una consulta pública sobre la revisión de los criterios para que se considere que una concentración deba ser notificada a las autoridades europeas<sup>52</sup>. En definitiva, estas iniciativas ponen de manifiesto como las autoridades de competencia debido al impacto de la economía digital deban valorar ya no sólo la transacción desde una perspectiva económica, teniendo en cuenta el volumen de negocio de las empresas, sino también las implicaciones que para la privacidad pueden tener dichas concentraciones.

16. Por otro lado, desde la perspectiva del art. 101 TFUE, podría ser interesante el estudio de los problemas jurídicos que pueden surgir cuando las empresas realizan acuerdos colusorios mediante la utilización del *big data* y la inteligencia artificial<sup>53</sup>. *Ad ex.* en los casos en los que se utilizan algoritmos de precios para que empresas competidores formalicen un cartel<sup>54</sup>.

<sup>44</sup> DOUE L 24, de 29 de enero de 2004.

<sup>45</sup> C.HERRERO SUÁREZ, “Big Data and Antitrust Law”, cit., p. 18. *Vid.* también M.E.STUCKE/A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016, pp. 69 y ss.

<sup>46</sup> Para un análisis sobre estos asuntos *vid.* F. DIEZ ESTELLA, “La aplicación del Derecho de la competencia en la era digital (casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el informe de la Comisión Europea de abril 2019)”, 2019, disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados\\_digitales\\_comp\\_\(2019\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_(2019).pdf) (consultado el 10 de enero de 2021).

<sup>47</sup> European Commission, 11 March 2008, case COMP/M.4731.

<sup>48</sup> European Commission, 3 October 2014, case COMP/M.7217.

<sup>49</sup> European Commission, 6 December 2016, case COMP/M.8124.

<sup>50</sup> European Commission, 6 September 2018, case COMP/M.8788. Para un mayor detalle sobre este asunto *vid.* S. SMITTH/M.HUNT, “Big data? No antitrust problema for Apple/Shazam”, the Clip Board, 2018.

<sup>51</sup> *Vid.* al respecto A. CLAICI, “Big data y política de competencia”, cit., p. 267.

<sup>52</sup> *Vid.* la consulta en [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html).

<sup>53</sup> Sobre este particular en la doctrina *vid.* A.DENG, “When Machines Learn to Collude”: Lessons from a Recent Research Study on Artificial Intelligence”, 2017, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3029662](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3029662) (consultado el 17 de diciembre de 2020); A.EZRACHI/M. STUCKE, “Artificial intelligence & Collusion: When computers inhabit Competition”, *University of Illinois Law Review*, n° 5, 2017, pp. 151-179; J. FRAMINÁN SANTAS, “La colusión tácita mediante algoritmos de precios”, en A. GARCÍA VIDAL, *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 255-303; A.ITTOO/ N.PETIT, “Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion. A Technological Perspective”, 2017, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3046405](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3046405) (consultado el 17 de diciembre de 2020); A.ROBLES LABORDA, “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, 2018, págs.- 7-27. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3170631](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3170631) (consultado el 10 de diciembre de 2020);

<sup>54</sup> *Vid.* discurso de la Comisaria de competencia Margrethe Vestager sobre esta cuestión, “Algorithms and competi-

17. Por último, en atención al art. 102 TFUE, se podrían destacar problemas jurídicos como los siguientes: 1) si la posesión de una base de datos se puede considerar poder de mercado en determinados mercados electrónicos, un ejemplo de este problema se puede apreciar en el asunto *Google Shopping*<sup>55</sup>; 2) si los datos pueden ser considerados una infraestructura esencial y por lo tanto si se podría obligar a la compañía que los posee a facilitárselos a terceros para que puedan competir en un mercado<sup>56</sup>; 3) el uso del *big data* para personalizar precios y que así las compañías puedan discriminar al consumidor. Este último problema es el que vamos a analizar en el presente trabajo.

### III. La personalización de precios mediante el *big data* y la inteligencia artificial: análisis de su impacto desde el Derecho de la competencia europeo

#### 1. Aproximación al problema jurídico

18. El desarrollo de la tecnología ha hecho posible que millones de datos se almacenen. Esta cantidad masiva de datos permite usos muy diferentes entre sí. En particular, en este estudio se persigue el análisis desde el Derecho de la competencia europeo de un problema jurídico muy concreto: el uso del *big data* y de la inteligencia artificial como vía para personalizar precios y discriminar así al consumidor.

19. La discriminación del consumidor en atención al precio no es nada nuevo. Las empresas las llevan realizando desde hace décadas. No siendo ésta una práctica exclusiva del comercio *on line*<sup>57</sup>. De este modo, sería posible diferenciar dos tipos de discriminación en precios<sup>58</sup>:

- 1) *La discriminación basada en el riesgo que presenta el cliente*. Este tipo de discriminación es habitual en el mercado bancario o de seguros. Las compañías discriminan a determinados grupos de clientes en atención al coste que implica para la empresa proveerles del producto y/o servicio;
- 2) *La discriminación basada en el precio de reserva del cliente*. Es decir, la discriminación se basa en lo que el cliente estaría dispuesto a pagar por un determinado producto. Esa disposición a pagar se debe en gran medida a los gustos, preferencias o necesidades de ese consumidor. En el presente trabajo nos vamos a centrar en este segundo tipo de discriminación en precios.

20. Hasta hace poco tiempo, para que las empresas pudieran llevar a cabo la discriminación basada en los gustos o preferencias del consumidor los estudios sobre el comportamiento del consumidor eran clave. Los experimentos y estudios para saber los gustos de los consumidores o su satisfacción en relación a determinados productos se llevan realizando desde hace muchos años. Cuando se realizaban este tipo de experimentos siempre se hacía sobre un número finito de personas<sup>59</sup>. Es decir, a través de encuestas, bien a pie de calle, por teléfono, tras una compra o a través de experimentos con el consumidor. La novedad reside en que ahora las empresas pueden acceder a una cantidad ingente de datos, y además, pueden procesarlos de forma automática o semi-automática, todo ello gracias al *machine learning*.

---

tion”, Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017, disponible en [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221651/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221651/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en) (consultado el 16 de diciembre de 2020).

<sup>55</sup> Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, AT.39740, Google Search (Shopping), 2017, disponible en [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf) (consultado el 18 de diciembre de 2020).

<sup>56</sup> Sobre este particular *vid* B. LASERRE/A. MUNDT, “Competition Law and... *cit*, pp. 92-93; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Big data, poder...”, *cit*, pp. 332-347;

<sup>57</sup> El cobro de un precio diferente por los mismos productos en atención al barrio donde se encuentra la tienda ha sido una práctica muy habitual. Los consumidores de los barrios más adinerados suelen pagar un precio más elevado por los productos en atención a esa discriminación.

<sup>58</sup> H.VAN TIL/N.VAN GORP /K. PRICE, *Big data and competition*, Ecorys, 2017, p. 38.

<sup>59</sup> M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in...”, *op. cit*, p. 8.

**21.** Por ese motivo, se puede afirmar que en la actualidad, existe tecnología para ir un paso más allá. Es posible extraer hasta incluso información implícita de los datos, no sólo explícita<sup>60</sup>. Los datos procesados y extraídas las oportunas conclusiones de los mismos puede ser un arma muy útil y poderosa para las empresas. Esto es así porque va a permitir conocer gustos y preferencias de los consumidores a un nivel de detalle nunca imaginado. Nada que ver con las segmentaciones de mercado basadas en pocas variables a través de estudios de mercado y encuestas individualizadas.

**22.** Los datos masivos han llevado a los mercados a otro nivel. La huella digital monitoriza por completo la actividad del individuo y de ahí se puede extraer información muy relevante para las empresas. Esto permite que las empresas puedan ahorrar tiempo y dinero, pudiendo ser mucho más eficientes simplemente con acciones como las siguientes:

- 1) El envío de la oferta al potencial cliente en el momento temporal oportuno. En el momento en el que los datos predicen que la empresa tiene más oportunidad de venderle el producto al consumidor<sup>61</sup>;
- 2) El cargo de precios diferentes en función del precio de reserva, por el mismo producto se puede cobrar más o menos en función de este dato.

Por lo tanto, la información que las empresas recopilan sobre los consumidores es analizada y procesada mediante unos determinados algoritmos que permiten conocer “el precio de reserva del posible cliente” sobre un producto o servicio. En definitiva, el precio máximo que estaría dispuesto a pagar. En base a esta información la empresa puede aplicar precios diferentes para el mismo producto y/o servicio en función de lo que está dispuesto a pagar el cliente. Esto es lo que se conoce como personalización de precios mediante el *big data*. Lo relevante es si esa personalización cuando es realizada por una empresa con posición de dominio puede ser considerada un ilícito *antitrust* por resultar un práctica de precios discriminatorios contraria al art. 102 TFUE<sup>62</sup>.

## 2. ¿Cómo discriminan al consumidor las plataformas de *ecommerce* en atención al *big data* y a la inteligencia artificial?

**23.** El *big analytic* ha hecho posible que nuevas formas de discriminar en los precios se puedan llevar a cabo en los mercados digitales. *Amazon* es una empresa que ha realizado en diferentes ocasiones este tipo de prácticas<sup>63</sup>. De hecho, hay estudios que afirman que varía el precio de sus productos en más

<sup>60</sup> Vid. sobre este particular M. MAGGIOLINO, “Personalized prices in...”, *cit.*, págs. 9-10. La autora pone un ejemplo muy interesante sobre la relevancia de la información que se puede extraer de lo implícito de los datos, sería el siguiente: datos recientes sobre españoles que intentan aprender inglés han revelado a través de un software que hay una regla gramatical inglesa concreta que hace que el alumno español desacelere su aprendizaje. Esa relación entre la desaceleración en el aprendizaje no había sido puesta en relieve por ningún profesor o experto en ese campo. Pero el conocimiento de esa relación resulta especialmente útil para los profesores de lengua inglesa a españoles porque permite posponer la enseñanza de esa regla gramatical a otro momento con el fin de no frenar su progreso.

<sup>61</sup> Un ejemplo podría ser el siguiente: si la compañía de seguros X, sabe (a través de análisis de *big data*) que los hombres entre 30 y 40 años son más proclives a contratar un seguro de vida cuando nace su primer hijo, esperarán y lanzarán la oferta al cliente cuando esta circunstancia tenga lugar. ¿Y como podría saber la compañía que el señor Y, varón de 35 años ha tenido su primer hijo recientemente? Por su huella digital, imaginen que ha subido diferentes fotos con su hijo en los últimos meses. Esta información que vamos dejando sobre nosotros nos puede parece carente de valor pero no es así para las empresas. Vid. J. ALFARO, “Precios personalizados y discriminación”, disponible en <https://almacenederecho.org/precios-personalizados-discriminacion/> (consultado el 19 de diciembre de 2020).

<sup>62</sup> Sobre la discriminación de precios y su impacto en el Derecho europeo de la competencia vid. F.DÍEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 67 y ss; D.GERADIN / N. PETIT, “Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a caseby-case Approach”, *Global Competition Law Centre Working Paper Series*, n.º. 07/05, 2005; M.WAELBROECK, “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law”, en Fordham Corporate Law Institute, 22nd Annual Conference, 148, Barry Hawk Editor, 1996, pp. 147-153.

<sup>63</sup> En el año 2000 *Amazon* cobró precios diferentes por el mismo producto: dvds. Este hecho fue recogido en el periódico

de un 250% a lo largo de un año<sup>64</sup>. Sin embargo, no es el único *marketplace* que utiliza el *big data* para personalizar precios. *Uber* cambia el precio de su servicio en atención a la meteorología, el día de la semana o el destino del cliente<sup>65</sup>. Y qué decir de las aerolíneas, son de las empresas que más tiempo llevan utilizando el análisis de datos para predecir su demanda y así vender más billetes de avión que asientos tiene el avión – es lo que se conoce como *overbooking*–.

24. Sin embargo, algunas de estas prácticas que hemos mencionado no serían “precios discriminatorios” sino “precios dinámicos”. La línea entre estos tipos de precios es delgada sobre todo en la actualidad cuando las compañías combinan diferentes estrategias de precios al mismo tiempo. Así, los precios dinámicos son los precios que cambian en relación a variaciones en la oferta y/o demanda sobre un bien o servicio<sup>66</sup>. La aplicación de precios dinámicos es muy habitual por las compañías aéreas (cambian el precio del billete de avión en atención a la época del año) pero también por supermercados (bajan el precio a los productos que están a punto de caducar) y hoteles (bajan el precio de las habitaciones en temporada de menos afluencia).

25. Actualmente, podríamos destacar las siguientes prácticas de discriminación de precios como las más habituales llevadas a cabo por las plataformas de *ecommerce*<sup>67</sup>:

- 1) *La discriminación en la búsqueda*. Esta práctica denominada en inglés “*steering*” consiste en que en función del consumidor, la lista de resultados del buscador cambia. En otras palabras, dos consumidores han podido introducir la misma palabra en el buscador, sin embargo, el resultado que le aparece a cada consumidor es diferente. De este modo, *Google* puede hacer que aparezcan una lista de productos con precios más elevados para esos consumidores que el algoritmo detecta que estarían predispuestos a pagar más. En contraposición, a aquellos consumidores con menos presupuesto les aparecería una lista de productos con precios más baratos<sup>68</sup>. Las plataformas de *ecommerce* pueden discriminar en el precio no sólo en atención a la edad, código postal o género del consumidor. También a si la búsqueda la está realizando con un sistema operativo u otro o el tipo de dispositivo que el consumidor está utilizando. De este modo, se han apreciado diferencias de precios para los mismos productos en atención a si el consumidor realizaba la búsqueda desde un sistema *Android* o *iOS* o si la realizaba desde un PC, un *smartphone* o una tablet. Esto no es ciencia ficción, un estudio realizado en 2014 muestra *ad ex*. como determinadas plataformas de *ecommerce* de pernoctaciones hoteleras ofrecía diferentes resultados y mejores precios para el mismo producto en atención si la búsqueda se realizaba con un *iphone* o con una *tablet* del sistema operativo *iOS* que uno de *Android*<sup>69</sup>.

---

*The Washington Post* ese mismo año. El conocido diario relataba la experiencia de un cliente de cómo se había dado cuenta de que *Amazon* cobraba por el mismo producto (un dvd) un precio diferente en función de si la plataforma detectaba si el cliente era un comprador habitual o un nuevo cliente. Si el cliente era habitual, el precio del producto era superior (26,24 dólares) si se comparaba con un cliente que la plataforma detectaba como que no había comprado en otras ocasiones (22,74 dólares) [Vid. N. VULKAN, *The economics of E-commerce*, Princeton University press, 2003, pág. 43]. Los consumidores se quejaron mucho sobre esta práctica y *Amazon* ha asegurado en diversas ocasiones que fue una práctica aislada y que su intención no es usar información demográfica ni relativa a los historiales de compra para discriminar al consumidor en materia de precios [A.ERZACHI/E.M STUCKE, *Virtual Competition*, Harvard University Press, Cambridge, 2016, p. 90].

<sup>64</sup> Sobre este particular *vid.* L.CABALLERO, “La polémica de los precios personalizados: dime quién eres y te diré cuánto pagas”, diario El confidencial de 13 de mayo de 2018, [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-05-13/precios-personalizados-webs-viajes\\_1562301/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-05-13/precios-personalizados-webs-viajes_1562301/) (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> A. ERZACHI/E.M.STUCKE, *Virtual Competition... op cit*, p. 87.

<sup>67</sup> A. ERZACHI/E.M.STUCKE, *Virtual Competition... op cit*, pp. 106-110. *Vid* también, M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, “To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance”, *op cit.*, pp. 3-4.

<sup>68</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*”, pág. 4.

<sup>69</sup> A.HANNAK/G.SOELLER/D.LAZER/A.MISLOVE/C.WILSON, “Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites”, 2014, pp. 11 y 12, disponible en [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_comments/2015/09/00011-97593.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/09/00011-97593.pdf) (consultado el 2 de enero de 2021).

- 2) *El precio inicial al que se le añaden cargos*. Otra práctica muy habitual en las plataformas de *ecommerce*, es la que tiene que ver con captar la atención del consumidor mediante un precio inicial bajo. Sin embargo, ese precio no acaba siendo el precio final, muy al contrario, se suele incrementar con cargos extras. Esta tipo de práctica es llevada a cabo de forma muy habitual por las aerolíneas o las compañías de cruceros. El precio inicial es realmente atractivo. Sin embargo, el precio final dista mucho de ese primer precio. Esto es así porque se suman cargos extras por diferentes conceptos, *ad ex.*, por facturar maletas, por combustible, por propinas, etc.
- 3) *La re-oferta*. Esta práctica consiste en que el vendedor vuelve ofertar al consumidor el producto pero a otro precio. Esta situación tiene lugar cuando el consumidor introduce un producto en el carrito de la compra de la plataforma pero no llega a pagarlo. El vendedor al darse cuenta de que la compra no ha finalizado baja un poco el precio para animar al consumidor a que la transacción se acabe realizando. De este modo, el consumidor que lo añadió a la cesta y lo compró inmediatamente paga un precio más elevado por el mismo producto que aquél que espero un poco más de tiempo. Hay estudios que demuestran que el 68% de los productos que se incluyen en la cesta de una tienda de *ecommerce* no se acaban comprando<sup>70</sup>. Las plataformas para hacer frente a esa indecisión utilizan esta técnica de modificar a la baja los precios de los productos seleccionados para que los consumidores acaben comprando.
- 4) *Los señuelos*. El hecho de cómo ordena la plataforma de comercio electrónico los productos en atención al precio y cómo esos productos aparecen en un orden u otro en atención al precio de reserva del potencial cliente es clave para su negocio. La importancia reside en que pueden hacer que la plataforma de *ecommerce* pueda incrementar sus beneficios hasta en un 15%<sup>71</sup>. Un ejemplo es la mejor forma de entenderlo<sup>72</sup>. A cien estudiantes del MIT se le ofrecen tres suscripciones diferentes para la conocida revista *The Economist*. Estas suscripciones son: a) Suscripción 1: permite leer la revista sólo *on line* por 59 dólares; b) Suscripción 2: permite leer la revista sólo en su versión impresa por 125 dólares; c) Suscripción 3: permite leer la revista tanto en su versión *on line* como impresa por 125 dólares. La suscripción 1 es elegida por 16 de los 100 estudiantes. La suscripción 2 por ningún estudiante. La suscripción 3 es elegida por 84 estudiantes. Sin embargo, lo interesante del estudio se aprecia cuando la suscripción 2 desaparece. En ese nuevo escenario, los estudiantes sólo pueden elegir entre la suscripción 1 y la suscripción 3. De este modo, 68 estudiantes optan por la suscripción 1 de 59 dólares y sólo 32 estudiantes por la suscripción 3 de 125 dólares. Esto tiene una explicación. La suscripción 2 era un señuelo o un cebo. Ninguno de los estudiantes la eligió, pero tampoco se buscaba que la eligieran. El fin era otro, influir en la elección final del cliente y que acabará pagando 125 dólares. Esa forma de ordenar los productos, incorporando señuelos específicamente diseñados en atención a la información que se tiene de los consumidores permite que el *marketplace* influya considerablemente en la decisión final del consumidor. Tal es la influencia que da lugar a que el cliente acabe comprando los productos que más beneficio presentan para la plataforma<sup>73</sup>. *Ad ex.* *Apple* oferta el último *iphone 12* desde 1000 Euros hasta 30.000 euros. Muy pocas personas pueden comprar la versión de oro, tallada a mano que cuesta casi 30.000 euros<sup>74</sup>. El objetivo de *Apple* no es vender muchas cantidades de ese modelo. Sin embargo, lo que sí persigue es que el consumidor acaba comprando alguno de los 3 modelos diferentes que ofrece del *iphone 12* que oscilan entre 1000 y 2000 euros<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> A. ERZACHI/E.M.STUCKE *Virtual Competition...*, *op cit.*, pp. 110-111.

<sup>71</sup> A. JALORA, “Applying Consumer Psychology to Software Pricing”, en A.Hinterhuber/S.Liouze (eds), *Innovation in Pricing: Contemporary Theories and Best Practices*, Routledge, Londres, 2013, p. 397.

<sup>72</sup> Este ejemplo se ha extraído de A. ERZACHI/E.M.STUCKE, *Virtual Competition...*, *op cit.* p. 106.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>74</sup> Sobre este modelo de *iphone* vid. [https://www.abc.es/sumum/living/tecnologia/abci-iphone-11-mas-carro-mundo-201910141220\\_noticia.html#:~:text=Actualizado%2014%2F10%2F2019%2016%3A11h.&text=El%20nuevo%20Iphone%2011%20Pro,en%20aut%C3%A9nticas%20piezas%20de%20orfebrer%C3%ADa](https://www.abc.es/sumum/living/tecnologia/abci-iphone-11-mas-carro-mundo-201910141220_noticia.html#:~:text=Actualizado%2014%2F10%2F2019%2016%3A11h.&text=El%20nuevo%20Iphone%2011%20Pro,en%20aut%C3%A9nticas%20piezas%20de%20orfebrer%C3%ADa). (consultado el 2 de julio de 2020).

<sup>75</sup> Este mismo ejemplo pero en relación a los *iwatches* puede verse en K.JAMES, “Beware of These Pricing Tricks Retailers

- 5) Ofertas “especiales” que son falsas. Algunos *marketplaces* lanzan habitualmente ofertas a un determinado grupo de consumidores, sin embargo, muchas de ellas son *fake offers*. La razón es que el precio del producto que ofrecen no es menor al que ofrecen habitualmente en la plataforma. El consumidor puede caer en la trampa porque aparece la palabra oferta, sin embargo, no es tal.

### 3. La discriminación de precios desde una perspectiva económica

#### A) Grados de discriminación en los precios

26. Para llegar a determinar si la personalización de precios mediante el *big data* puede ser considerada discriminación de precios es necesario partir de variación en los precios siempre ha existido. Una empresa podría discriminar en los precios cuando concurren tres aspectos<sup>76</sup>: 1) La empresa ostenta poder en ese mercado; 2) La empresa puede evitar el arbitraje de precios<sup>77</sup>. Es decir, tiene capacidad de evitar el comercio paralelo. En otras palabras, que el producto pueda ser revendido por agentes ajenos a su red oficial de distribución; 3) La empresa dispone de información sobre la estimación que el consumidor realiza sobre su producto lo que le permite ajustar el precio del mismo.

27. Esto ha dado lugar a que para el mismo producto a los consumidores se les haya aplicado precios diferentes. En atención a criterios económicos, se pueden diferenciar distintos grados de discriminación en los precios, estos serían los siguientes<sup>78</sup>:

- 1) *Discriminación de tercer grado*. Las empresas en atención a la edad de las personas, su ocupación o su origen geográfico analizan su poder adquisitivo para acceder al bien y el deseo que podrían tener en adquirirlo. Esto permite clasificar a los consumidores en diferentes categorías de compradores y así poder aplicarles diferentes precios<sup>79</sup>. Por ejemplo:
- descuentos para familias numerosas o familias con menos ingresos en las tasas universitarias.
  - Descuentos a personas mayores o estudiantes en el teatro o en el cine.

La razón de este tipo de discriminación en precios suele basarse en la “justicia”<sup>80</sup>. Las empresas asumen que jóvenes o jubilados poseen menos dinero para poder gastar. Por lo tanto, aplicarles un precio diferente es la opción para que puedan acceder al bien o servicio. Este tipo de discriminación en los precios está aceptada socialmente<sup>81</sup>.

El *geo-blocking* podría ser una discriminación de precios en tercer grado. En realidad, se trata de una segmentación de los consumidores en función de los países en los que se encuentran. El *geo-blocking* es la técnica que da lugar a que consumidor español si quiere comprar productos en la web de

---

Use to Fool your Brain”, 2015, disponible en <https://twocents.lifehacker.com/beware-of-these-pricing-tricks-retailers-use-to-fool-you-1706225322> (consultado el 2 de enero de 2021).

<sup>76</sup> M. BOTTA, /K. WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*, p.6. *Vid* también, C.TOWNLEY/E. MORRISON/K.YEUNG, “Big Data and Personalised Price. Discrimination in EU Competition Law”, King’s College London, 2017, pág. 6, disponible en [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/big-data-and-personalised-price-discrimination-in-eu-competition-law\(baca2e84-f4c6-4b5f-a6c3-9602bb53c885\).html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/big-data-and-personalised-price-discrimination-in-eu-competition-law(baca2e84-f4c6-4b5f-a6c3-9602bb53c885).html) (consultado el 4 de enero de 2021).

<sup>77</sup> Sobre este particular *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 111 y ss.

<sup>78</sup> A.C. PIGOU *The Economics of Welfare*, Macmillan and Co., London, 1920, pág. 199 y ss. Disponible en [http://files.libertyfund.org/files/1410/Pigou\\_0316.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1410/Pigou_0316.pdf), (consultado el 3 de enero de 2021).

<sup>79</sup> M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in...*op. cit.*, p. 5.

<sup>80</sup> M. BOTTA, /K. WIEDEMANN, “To discriminate or...”, *op cit.*, p. 3.

<sup>81</sup> C.TOWNLEY/E. MORRISON/K.YEUNG, “Big Data and...*op cit.*, p. 18.

la empresa X lo debe hacer en la versión española, no pueda comprar los productos en la *web* inglesa de esa misma compañía. Existe un Reglamento europeo sobre bloqueo geográfico injustificado con el fin evitar la discriminación de los consumidores basada en la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes<sup>82</sup>.

2) *Discriminación de segundo grado*. Las empresas solventan sus problemas de falta de información sobre los consumidores con el ofrecimiento de mismos productos o servicios a diferente precio en atención a aspectos como la cantidad que se compra o el momento en el que se formaliza la misma. Es lo que se conoce como “*menu pricing*”<sup>83</sup>. Por ejemplo:

- Descuentos a pocas horas de que un vuelo despegue. Este tipo de descuentos no se concibe negativamente por los consumidores<sup>84</sup>. Éstos suelen considerar que es legítimo que las empresas lo realizan para ser lo más eficientes posibles y sacar el máximo partido a los productos que ofrecen.
- Descuento por comprar un determinado número de productos.

La discriminación de segundo grado también puede apreciarse en relación a los “paquetes de productos”<sup>85</sup>. *Ad ex.*, una empresa ofrece un paquete que se compone impresora y tres cartuchos de tinta. La empresa aplica un precio de coste marginal al producto principal (la impresora) pero un precio mucho más elevado al producto accesorio (los cartuchos)<sup>86</sup>.

3) *Discriminación de primer grado*. En este caso, para un mismo producto el consumidor o cliente paga un precio diferente en atención al resultado de las negociaciones individualizadas que ha realizado con el vendedor<sup>87</sup>. Es lo que se conoce como “*regatear*”. Este grado de discriminación también se conoce como “*perfecta*” debido a que el vendedor como resultado de ese “*regateo*” con el cliente llega a conocer “el precio de reserva del cliente”. Esta información le permite al vendedor maximizar sus beneficios en cada venta<sup>88</sup>, al poder aplicar a cada cliente un precio diferente por el mismo producto.

La discriminación de primer grado se ha considerado desde siempre una posibilidad más teórica que real<sup>89</sup>. Esto es así porque que el vendedor llegara a conocer de forma precisa el precio de reserva de cada cliente era de facto imposible. Sin embargo, en la actualidad, esa premisa de que la discriminación perfecta es una quimera se está dejando atrás. El uso de internet por los consumidores, el *big data* y la inteligencia artificial permiten a las empresas conocer mejor los gustos y preferencias de sus clientes, y como ya hemos venido apuntado en el presente estudio, incluso el precio que estarían dispuestos a pagar por un producto o servicio. Por lo tanto, la discriminación de precios en primer grado o perfecta es ya

<sup>82</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 L160/1 de 2 de marzo de 2018). Sobre este Reglamento *vid ad ex.* R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *CDT*, vol. 11, n.º 2, 2019, págs. 117-149. *Vid.* también J.HOJNIK, “Tell me where you come and I will tell you the price: Ambiguous Expansion of prohibited Geographical Price Discrimination in the EU”, *CMLR*, vol. 56, n.º1, 2019, pp. 23-60.

<sup>83</sup> M.MAGGIOLINO “Personalized prices in... *op cit*, p. 6.

<sup>84</sup> C.TOWNLEY/E. MORRISON/K.YEUNG, “Big Data and... *op cit*, p. 19.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>86</sup> *Vid.* este ejemplo más detallado en H.J. HOVENKAMP, “Tying and the Rule of reason: Understanding Leverage, Foreclosure, and Price Discrimination”, 2011, p. 11, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1759552](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1759552) (consultado el 4 de enero de 2021).

<sup>87</sup> M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in... *op cit*, pág. 6.

<sup>88</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit*, pág. 3.

<sup>89</sup> *Vid.* A.A.MILLER, “What do we worry about When We Worry about price discrimination?The Law and ethics of using personal”, *Journal of Technology Law and Policy*, 19, 2014, p. 99.

una realidad dejando atrás otros tipos de discriminación de segundo o de tercer grado que eran las más utilizadas por las empresas hasta hace muy pocos tiempo<sup>90</sup>.

## B) Modelos económicos sobre la discriminación de precios y sus efectos en el bienestar del consumidor

### a) Introducción

**28.** Desde una perspectiva económica, existen diferentes estudios que muestran los efectos que la discriminación en los precios causa en el bienestar de los consumidores en mercados oligopolísticos o de competencia imperfecta pero que no llegan a ser monopolios<sup>91</sup>. Estos modelos económicos muestran como el bienestar del consumidor depende de muchos factores- la heterogeneidad del consumidor, la elasticidad cruzada de la demanda (si el producto tiene o no sustitutos en el mercado de referencia), las barreras de entrada o los costes de ese sector<sup>92</sup>.

Un aspecto a destacar de estos modelos económicos es que muestran efectos positivos en el bienestar del consumidor en los supuestos en los que en estos mercados de competencia imperfecta se produce más oferta. Este aspecto es reseñable debido a que uno de los efectos perniciosos en los mercados donde no existe competencia es la reducción de la oferta. Así, estos modelos muestran como en los casos en los que los productos son diferenciados y el mercado se encuentra segmentado, los precios personalizados aumentan el nivel de competencia en un escenario de monopolio<sup>93</sup>. Esto es así porque permiten vender sus productos a unos consumidores que en otros tiempos compraban a la competencia. Estos modelos permitirían considerar que los precios discriminatorios favorecen la competencia en mercados no monopolísticos siempre y cuando las empresas no acuerden la fijación de precios<sup>94</sup>.

### b) Efectos económicos que ocasiona la discriminación en los precios

**29.** Un ejemplo permitirá entender mejor los modelos económicos a los que anteriormente hacíamos alusión. Este ejemplo se desarrolla en tres mercados diferentes<sup>95</sup>: 1) mercado con competencia perfecta; 2) mercado monopolístico; 3) mercado monopolístico donde se aplican precios discriminatorios. La empresa YBS fabrica ordenadores portátiles. A esta empresa le cuesta fabricar cada unidad del producto 90. Sin embargo, tiene conocimiento de que existen tres consumidores que estaría dispuesto a pagar lo siguiente por su producto:

- El consumidor A está dispuesto a pagar 100.
- El consumidor B está dispuesto a pagar 120
- El consumidor C está dispuesto a pagar 140.

<sup>90</sup> Vid. el interesante informe de la Casa Blanca del año 2015 donde se destaca esta realidad White House, “Big data and differential pricing”, february 2015, pág. 4, disponible en [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse\\_files/docs/Big\\_Data\\_Report\\_Nonembargo\\_v2.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf) (consultado el 18 de mayo de 2020).

<sup>91</sup> A.W.CARLTON/ J.M. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, 4th ed, Pearson, 2004; J.TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988.

<sup>92</sup> M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in... op cit, p 13. Vid. también sobre este particular, M. AMSTRONG, “Price discrimination”, *MPRA paper*, 2006, disponible en [https://mpra.ub.uni-muenchen.de/4693/1/MPRA\\_paper\\_4693.pdf](https://mpra.ub.uni-muenchen.de/4693/1/MPRA_paper_4693.pdf) (consultado el 8 de enero de 2021).

<sup>93</sup> M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in ... op cit, p. 13. Vid. también B.REED SHILLER, “First Degree Price Discrimination Using Big Data”, 2014, disponible en [https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis\\_WP58R2.pdf](https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP58R2.pdf) (consultado el 9 de enero de 2021).

<sup>94</sup> M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in..., op cit, p. 13.

<sup>95</sup> Un ejemplo similar puede verse en J. ALFARO, “Precios personalizados y discriminación”, págs. 3- 4, disponible en <https://almacenderecho.org/precios-personalizados-discriminacion/> (consultado el 9 de enero de 2021); M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in..., op cit, pp. 14-15.

El precio al que va a vender el producto YBS podría variar en función del grado de competencia que existe en ese mercado.

En el primer escenario, en un *mercado con competencia perfecta*, YBS va a comercializar el producto al mismo precio a todos los consumidores. En este tipo de mercados, el precio de producto es igual o muy cercano a su coste marginal. Es decir, en nuestro ejemplo, YBS vendería el ordenador a 100. Por lo tanto, vendería 3 unidades. Todos los consumidores podrían comprar el bien. Esto es así porque en los mercados donde existe competencia, el productor produce la máxima cantidad posible de productos, por lo que todos los consumidores tienen capacidad para comprar el bien. En este escenario, el bienestar general pero también el particular del consumidor es el máximo, ya que todo el consumidor interesado en el producto no paga más de lo estrictamente necesario para poder remunerar su costo al productor. En el ejemplo de YBS, su ingreso sería de 300 y su beneficio de 30 [ingreso:  $100 \times 3=300$ ; beneficio= $30 (300-270)$ ].

En un segundo escenario, no hay competencia, se trata de un *mercado monopolístico*. El precio al que YBS comercializa su producto se aleja del precio del coste marginal. Es decir, en nuestro ejemplo, YBS vendería el ordenador a 120, al mismo precio a todos los consumidores. Al no existir competencia en ese mercado, YBS podría producir menos unidades y subir el precio del producto. En nuestro ejemplo, hemos señalado que el precio sería 120, pero el monopolista puede decidir vender sólo 1 unidad del producto a 140. El bienestar general pero también el individual se ve afectado. No todos los consumidores pueden acceder al bien. Sólo aquellos que pueden pagar más. De este modo, el ingreso de YBS sería de 240 y su beneficio de 60 [ingreso:  $120 \times 2=240$ ; beneficio= $60 (240-180)$ ].

En un tercer escenario también *monopolístico pero en el que se aplican precios discriminatorios*, la situación para el bienestar del consumidor cambia. YBS vendería a cada consumidor a un precio diferente, al precio al que están dispuestos a pagar por el producto, bien por su capacidad económica bien por su interés sobre el producto. De este modo, YBS le vendería el portátil al consumidor A a 100, al consumidor B a 120 y al consumidor C a 140. En este escenario, el mercado produce la máxima cantidad de productos, por lo que todos los compradores pueden acceder al producto y la empresa también maximiza su beneficio. En este mercado, los resultados son muy similares a los que se producen en un mercado competitivo. En nuestro ejemplo se reflejaría así: [ $100+120+140=360$ ; beneficio= $90 (360-270)$ ].

### c) Conclusión

**30.** Desde un punto de vista económico, la discriminación de precios incluso en un mercado monopolístico puede aumentar el bienestar del consumidor. Es decir, reduciría los efectos perniciosos del monopolio (reducción de la oferta). La discriminación de precios permitiría aumentar el tamaño de mercado. El consumidor que está dispuesto a pagar menos entra en el mercado a costa de que haya otro consumidor (el que está dispuesto a pagar más) al que se le cobre más por el mismo producto. Hay autores que entienden que incluso esa discriminación en precios beneficiaría al mercado en general porque otro aspecto positivo de este escenario es que puede existir eficiencia dinámica<sup>96</sup>. Los ingresos extras que adquiere el monopolista al discriminar en los precios, los puede utilizar para mejorar el producto, invirtiendo en I+D.

**31.** Sin embargo, no hay que olvidar que estos no dejan de ser modelos económicos, los efectos pueden resultar ambiguos ya que hay que tener muy en cuenta el mercado concreto al que se le apliquen estos parámetros económicos. Además, el bienestar del consumidor no sólo puede medirse en atención a parámetros económicos. El bienestar del consumidor debe calibrarse junto con otros aspectos como “la

<sup>96</sup> M.MAGGIOLINO, “Personalized prices in ... *op cit*, p. 16.

opacidad de estas prácticas”, el consumidor no sabe que mediante algoritmos se le está discriminando<sup>97</sup>. Incluso en términos de justicia, ¿es justo discriminar a unos consumidores frente a otros?<sup>98</sup>.

32. A nuestro juicio, las implicaciones de los precios personalizados a través del *big data* trascienden lo económico para pasar a tener en cuenta otros aspectos como la justicia, la transparencia y la lealtad a la hora de competir. Por este motivo, no es extraño que existan autores que entienden que el ámbito de aplicación de las normas de competencia debería ampliarse<sup>99</sup>. Así, sería interesante plantearse si las normas de competencia debido a la realidad actual que plantea la *digital economy* podrían dar respuesta o sería necesario plantearse la posibilidad de que nuevos ilícitos *antitrust* surjan. Lo que es evidente es que la utilización del *big data* para personalizar los precios es una vía muy actual de discriminación de precios al consumidor, lo que ahora nos queda por estudiar si esta práctica puede ser constitutiva de un ilícito *antitrust* conforme al art. 102 TFUE.

#### 4. Abuso de posición de dominio y precios personalizados mediante el *big data*

##### A) El art. 102 TFUE

33. El art. 102 letra c) TFUE señala que “*será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo (...) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*”.

En aras de determinar si una práctica de precios personalizados puede ser contraria al citado artículo consideramos que se debe primero analizar qué es un precio discriminatorio para el Derecho de la competencia, para posteriormente estudiar en qué medida afecta que esta práctica vaya dirigida a consumidores finales y hasta qué punto puede calificarse como una práctica abusiva en atención al art. 102 TFUE. Por lo tanto, en el presente trabajo nos vamos a centrar especialmente en los casos que presentan un daño en un mercado diferente en el que opera la empresa con posición de dominio (*secondary line injury*) afectando esa conducta abusiva al consumidor final.

##### B) La discriminación de precios en el Derecho *antitrust*

34. Los precios anticompetitivos suelen agruparse básicamente en<sup>100</sup>: a) precios excesivamente altos; b) precios excesivamente bajos (precios predatorios y precios límites); c) precios discriminatorios.

A pesar de que su precisión conceptual es difícil, se puede afirmar que existe discriminación en precios cuando un fabricante, o un productor, o un distribuidor, una empresa en definitiva, vende un mismo producto o servicio a precios diferentes a distintos clientes<sup>101</sup>. No obstante, un aspecto a tener en

<sup>97</sup> Este es uno de los aspectos más cuestionables de la personalización de precios vía *big data*, la asimetría de información. El consumidor más avezado y que se puede imaginar que las empresas realizan estas prácticas a través de la información que van recopilando a través de su huella digital puede tomarse las molestias para dejar el menor rastro posible. Sin embargo, el consumidor no sabe si esa discriminación le favorece. *Vid* sobre este particular M. BOTTA, /K. WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*, pág. 7.

<sup>98</sup> Sobre este particular *vid.* C. TOWNLEY/E. MORRISON/K. YEUNG, “Big Data and...”, pp. 27-31, disponible en [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/big-data-and-personalised-price-discrimination-in-eu-competition-law\(baca2e84-f4c6-4b5f-a6c3-9602bb53c885\).html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/big-data-and-personalised-price-discrimination-in-eu-competition-law(baca2e84-f4c6-4b5f-a6c3-9602bb53c885).html) (consultado el 9 de enero de 2021).

<sup>99</sup> H. KALIMO/ K. MACICHER, “The concept of fairness: Linking EU competition and data protection law in the digital marketplace”, *European Law Review*, 42, pp. 210-233.

<sup>100</sup> Para un mayor detalle *vid.* A. JONES/B. SUFRIN/ N. DUNNE, *EU Competition Law. Text, cases and materials*, 7th ed., Oxford University Press, 2019, pp. 392-431.

<sup>101</sup> En relación a este concepto *vid.* F. DIEZ ESTELLA, *La discriminación de...*, *op cit.* pp. 68-74; R. POSNER, *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Londres, 1976, p. 62.

cuenta es que la existencia de precios diferentes para un mismo producto o servicio no significa en todo caso que exista discriminación en los precios, del mismo modo que un mismo precio no siempre implica la ausencia de discriminación.

35. La existencia de precios discriminatorios desde el punto de vista del Derecho *antitrust* europeo se supedita a la existencia de dos elementos<sup>102</sup>:

#### 1) *Elemento objetivo*

Dentro del elemento objetivo es necesario apreciar:

- a) *El objeto de la prestación*. En primer lugar es necesario determinar el objeto de la prestación. Esto permite determinar cuándo se está ante dos productos o servicios iguales o diferentes entre sí. La clave es que analizando el objeto de la prestación se pueda comparar entre los dos productos para posteriormente poder considerar cuando concurren otras circunstancias que justifiquen o no la existencia de esos precios diferentes entre productos *a priori* iguales. Para llevar a cabo ese análisis es necesario tener en cuenta dos aspectos: a) la similitud en el bien, producto o servicio<sup>103</sup>; b) la diferencia en el precio. Esta comparación resulta más sencilla cuando los productos se venden en el mismo mercado, sin embargo, se complica cuando se trata de paquetes de productos o servicios<sup>104</sup>. En definitiva, aunque cada caso puede presentar sus peculiaridades resulta preciso realizar un análisis similar al que se lleva a cabo para determinar el <<mercado relevante>> de un producto o servicio<sup>105</sup>. Una vez determinado el grado de intercambiabilidad o sustituibilidad de los productos, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda, se puede determinar con bastante certeza el objeto de la prestación con el fin de precisar si esa diferencia en los precios podría estar justificada.
- b) *El grado de comparabilidad en las relaciones comerciales*. El término “relaciones comerciales” está estrechamente relacionado con el término “prestaciones equivalentes” que recoge se recoge tanto el art. 101.1 letra d) TFUE como en el art. 102 letra c) TFUE. El análisis del grado de comparabilidad para apreciar que existen precios discriminatorios no sólo es necesario en relación a los productos o servicios en sí (objeto de la prestación) sino que también hay que “comparar” las relaciones comerciales con el fin de detectar si son prestaciones equivalentes. Los factores presentes en dicha comparabilidad son diversos<sup>106</sup> y pueden ser desde el mercado relevante<sup>107</sup>, la capacidad negociadora<sup>108</sup>, el perfil del cliente y su grado de fidelidad<sup>109</sup> o la situación concreta de la cadena de distribución.

<sup>102</sup> F.DÍEZ ESTELLA, *La discriminación de...*, *op cit.* pp. 86-135.

<sup>103</sup> Un ejemplo de cómo se ha apreciado esta similitud entre productos por el TJUE puede verse en el asunto *United Brands*. STJCE 14 febrero 1978, *United Brands*, as. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, apartados 12 a 35. Muy interesante el análisis de esta resolución desde la perspectiva de los precios discriminatorios tanto desde el punto de vista norteamericano como del Derecho de la competencia europeo *vid.* U.SPRINGER “Borden and United Brands Revisited: A Comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and Us Antitrust Law”, *ECLR*, vol. 18, nº 1, 1997.

<sup>104</sup> F. DÍEZ ESTELLA., *La discriminación...op cit.* p. 91.

<sup>105</sup> Para determinar el mercado relevante de un producto o servicio es necesario analizar dos aspectos: el mercado del producto y el mercado geográfico. El mercado del producto lo componen todos los productos o servicios que compiten entre sí. Sin embargo, el mercado geográfico determina el mercado en el que se desarrolla la competencia. Para un mayor detalle sobre este particular *vid.* Antón Juárez I., *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015, págs. 269-275.

<sup>106</sup> Díez Estella, F., *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, *cit.* págs. 92-103.

<sup>107</sup> STPI 6 octubre d1994, *Tetra Pack*, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, apartado 62. El Tribunal entendió que no se puede apreciar la discriminación de precios teniendo en cuenta dos mercados diferentes sino que la comparación debe realizarse para cada mercado por separado. Sobre este particular *vid.* también Díez Estella, F., *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, *cit.* págs. 94 y 95.

<sup>108</sup> STJCE 3 julio 1991, *AZKO Chemie c. Comisión*, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, apartado 120.

<sup>109</sup> STJCE 13 febrero 1979, *Hoffmann-La Roche*, as.85/76, ECLI:EU:C:1979:36, apartado 134 y 138, que el cliente sea un buen cliente no es un factor relevante para avalar la discriminación de precios.

- c) *El resultado de la práctica*. En este aspecto se debe analizar el resultado que puede alcanzarse con tales prácticas. Éste podría resultar perjudicial tanto para el competidor como para la propia competencia. Ambos efectos nocivos se pueden identificar en las normas de defensa de la competencia nacionales como europeas. Art. 101.1 en su letra d) TFUE donde se señala que serán incompatibles con el mercado interior todas aquellos acuerdos, prácticas (...) “*que apliquen a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen en éstos una desventaja competitiva*”. Del mismo modo lo recoge el art. 102 letra c) TFUE reseñado anteriormente. Un término clave en ambos preceptos es el de “desventaja competitiva”.

La jurisprudencia comunitaria ha venido entendiendo en relación al art. 102 TFUE que para que se cumplan los requisitos de aplicación de este precepto es necesario<sup>110</sup>: 1) Comprobar que el comportamiento de la empresa es discriminatorio; 2) Que ese comportamiento falsee la relación de competencia. Es decir, que obstaculice la posición competitiva de una parte de los socios de esa empresa frente al resto. En otras palabras, que esa discriminación en los precios provoque una “desventaja competitiva”. Es decir, que ocasione un falseamiento en la competencia. El TJUE recientemente ha señalado que la mera “desventaja competitiva” no tiene por que implicar falseamiento de la competencia<sup>111</sup>. Es necesario analizar todas las circunstancias del caso concreto<sup>112</sup>, así entre tales circunstancias se podría apreciar la posición dominante de la empresa, la capacidad de negociación, condiciones y modalidades de las tarifas, su duración y su importe y la posible existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado descendente a uno de sus socios comerciales al menos igual de eficaz que sus competidores<sup>113</sup>.

- 2) *Elemento subjetivo*. En este caso, lo importante es verificar los sujetos afectados como la intencionalidad de la práctica. Los sujetos afectados podrían ser cualquiera, un distribuidor, un proveedor... En cuanto a la intencionalidad, ésta puede ser bien la exclusión de un competidor o causarle un perjuicio sin necesidad de excluirle<sup>114</sup>.

Una cuestión importante que surge en relación al estudio de los precios personalizados mediante el *big data* desde el punto de vista del Derecho de la Competencia europeo es el *target* de este tipo de prácticas. Éstas se dirigen contra el consumidor final. No se trata de un competidor o de un proveedor de la plataforma de comercio electrónico que decide practicar precios personalizados. Ante este escenario cabe plantearse si el art. 102 TFUE también podría ser de aplicación a pesar de que el precio personalizado no va dirigido en principio contra otra empresa, sino que se aplican a consumidores finales. La respuesta va muy de la mano con cómo debe entenderse el ámbito de aplicación del propio art. 102 TFUE en atención a las decisiones de la Comisión Europea<sup>115</sup> y del TJUE. De este modo, el art. 102

<sup>110</sup> STJCE 15 marzo 2007, *British Airways*, C-95/04, ECLI:EU:C:2007:166, apartado 144.

<sup>111</sup> STJUE 19 abril 2018, *MEO. Serviços de Comunicações e Multimédia SA contra Autoridade da Concorrência*, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270, apartado 26.

<sup>112</sup> *Ibidem*, apartado 28.

<sup>113</sup> STJUE 19 de abril 2018, *MEO. Serviços de Comunicações e Multimédia SA contra Autoridade da Concorrência*, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270, apartado 31; STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, apartado 139.

<sup>114</sup> Resulta interesante el debate nada nuevo pero siempre de actualidad que existe en el Derecho de la competencia europeo sobre la intención del que comete el ilícito *antitrust*. De este modo, cabría preguntarse si el hecho de que el que discrimina en precios no tenga intención de excluir al competidor (*exclusionary effect*), de perjudicarlo puede hacer que no exista un ilícito antitrust. Las Autoridades de Competencia europeas lo han tenido claro. Es irrelevante que no se tenga tal intención, si la conducta por sí misma, por su naturaleza ocasiona tales efectos, el ilícito de competencia existe (*Vid.* Decisión de la Comisión 2000/74/CE de la Comisión, de 14 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 82 del Tratado CE (asunto IV/D-2/34.780. DOCE L 30/1 de 4 de febrero del 2000).

<sup>115</sup> Decisión de la Comisión de 225 de julio de 2001, relativa a un procedimiento incoado en virtud del artículo 82 del Tratado CE (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG - Retención de correo, (DO L 331 de 15.12.2001), apartado 133, donde la Comisión estable lo siguiente: “*El Tribunal de Justicia ha dictaminado que la lista de abusos mencionados en el artículo 82 no es exhaustiva y solamente sirve de ejemplo de las distintas maneras en que una empresa dominante puede hacer una utilización abusiva de su poder de mercado(176). El artículo 82 puede ser aplicable incluso a falta de efectos directos sobre la competencia entre empresas en mercado alguno. Esta disposición también puede aplicarse cuando el comportamiento de una empresa dominante perjudica directamente a los consumidores(...)*”.

TFUE permitiría sancionar las conductas de las empresas que no sólo tienen un efecto de excluir a un competidor si no también todas esas conductas que tienen un efecto de explotación causando daños al consumidor final<sup>116</sup>. Por lo tanto, mediante el art. 102 TFUE se podría considerar que existe abuso de posición de dominio aunque la conducta no afecte a otra empresa si no a un consumidor final<sup>117</sup>.

### C) Vías que se han venido utilizando para instrumentar esa discriminación de precios

36. Una vez estudiados los elementos que se deben analizar para apreciar una discriminación en los precios, sería necesario analizar también las vías más habituales mediante las cuales las empresas han instrumentado esa discriminación. El objetivo es estudiar si la personalización de precios a través del *big data* podría ser una nueva forma para llevar a cabo discriminación de precios. Entre las prácticas de discriminación que se han llevado a cabo por las empresas de forma más habitual son<sup>118</sup>:

1) *Los descuentos*. Esta es una de las fórmulas más generalizadas para instrumentar la discriminación en los precios. La diferencia de precio para el mismo producto puede obedecer a diferentes razones tales como ahorro de costes mediante economías de escala, son la recompensa a la fidelidad de los clientes o responden a un incentivo debido a un consumo de productos mayor. En los supuestos en los que no hay razón objetiva detrás de esos descuentos es cuando debe aparecer el Derecho *antitrust*. Entre los diferentes tipos de descuentos que existen vamos a destacar dos:

- a) Descuentos en relación a la cantidad. Son descuentos a favor de los adquirentes por comprar grandes cantidades de productos o servicios. La razón objetiva del descuento descansa en la cantidad de productos que adquieren. El precio es más bajo porque compran más que otros clientes. Estos descuentos se denominan “*rappels cuantitativos*” o “descuentos de cantidad” y en principio no merecen reproche alguno desde el punto de vista del Derecho de la competencia, incluso cuando son ofrecidos por empresas con posición de dominio en el mercado<sup>119</sup>.
- b) Primas de fidelidad o descuentos basados en la exclusividad. Las primas de fidelidad consisten en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Estos descuentos los aplican empresas con posición de dominio y no hay razón económica que los justifique. Dos compradores pagan un precio diferente por la misma cantidad del mismo producto en función de si obtienen sus productos exclusivamente de la empresa con posición de dominio o tienen fuentes alternativas de aprovisionamiento. Es decir, la razón del descuento es en base a si el suministro es en exclusiva o no. Los efectos de las primas de fidelidad en el mercado son lesivos para la competencia debido a que reducen o eliminan la posibilidad del comprador de elegir sus fuentes de abastecimiento y además impiden a otros proveedores el acceso al mercado<sup>120</sup>. En definitiva, este tipo de descuentos lo que persigue es impedir que los clientes mediante descuentos se abastezcan de los productos de la competencia<sup>121</sup>.

2) *Cláusula de cliente más favorecido*. Este tipo de cláusulas suelen incluirse en los acuerdos verticales. Mediante este tipo de cláusulas el proveedor persigue garantizar al distribuidor que nadie en el mercado va a vender el producto a un precio menor<sup>122</sup>. En definitiva, es una vía para asegurar que el

<sup>116</sup> A. JONES/B. SUFRIN/ N.DUNNE, *EU Competition Law ... op cit*, p. 289.

<sup>117</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*, p. 11.

<sup>118</sup> F. DIEZ ESTELLA, *La discriminación de...*, *op cit.* pp. 333 y ss.

<sup>119</sup> STPI (sala 3ª) de 30 de septiembre de 2003, Michelin, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, apartado 58.

<sup>120</sup> STGUE (sala 7ª) 12 junio 2014, Intel, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, apartado 77.

<sup>121</sup> STJCE 13 febrero 1979, Hoffmann-La Roche, as.85/76, ECLI:EU:C:1979:36 ,apartado 91.

<sup>122</sup> R. BAENA ZAPATERO, “El lío de las llamadas MFNS y el derecho de la competencia: de Apple a booking.com, en M.A. RECUERDA GIRELA, *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, Civitas, Cizur menor, Navarra, 2016, pág. 185.

distribuidor va a adquirir del proveedor los productos a un precio inferior que el sus competidores. Esta diferencia de precio a la hora de adquirir los productos, le permite al distribuidor una importante ventaja competitiva. Estas cláusulas aunque no son novedosas han estado de actualidad recientemente debido a las implicaciones que pueden presentar para la competencia cuando afectan a negocios digitales<sup>123</sup>.

- 3) *El big data como vía para discriminar en los precios.* Este uso del *big data* puede encajar perfectamente en lo que se ha venido entendiendo como precio discriminatorio para el Derecho *antitrust* europeo. Hay autores que consideran que para que un precio personalizado pueda ser considerado contrario al art. 102 letra c) TFUE es necesario que exista esa “desventaja competitiva”, sería más sencillo apreciar que un precio personalizado es contrario al Derecho de la competencia si se analiza de forma global. Es decir, si no se intenta englobar dentro del supuesto concreto (art. 102 letra c) sino si su análisis es más general y se intenta incluir dentro del art. 102 TFUE<sup>124</sup>.

37. En definitiva, uno de los principales problemas a los que se enfrenta una autoridad de competencia para poder perseguir este tipo de prácticas es un problema de prueba. Para las autoridades de competencia no resulta tan sencillo detectar ni tampoco probar este tipo de prácticas en aras de imponer multas. De hecho, este puede ser realmente el reto al que se enfrentan las autoridades de competencia en la actualidad. La consideración de la práctica de precios personalizados mediante el *big data* como un precio discriminatorio hace que sea necesario probar que se aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Además, la empresa con posición de dominio puede justificar su práctica en base a razones objetivas. Esas razones serían<sup>125</sup>: 1) que el efecto negativo que entraña la práctica se contrarresta con los efectos positivos; 2) son beneficios que mejoran la eficacia y benefician al consumidor en los mercados afectados por esa práctica; 3) que esa práctica abusiva es la única vía para conseguir esa eficacia; 4) la práctica abusiva no elimina la competencia actual o potencial.

38. Estos criterios no se recogen en el texto del art. 102 TFUE, se han desarrollado por el TJUE. Sin embargo, aunque teóricamente podrían tener lugar, el TJUE no ha aceptado esa justificación. Esto es así porque en la mayoría de los asuntos, la discriminación afectaba a consumidores y presentaba una importante relación con su nacionalidad<sup>126</sup>. La base de la discriminación presentaba un impacto directo en la integración de los mercados. Sin embargo, hay autores que consideran que tras la sentencia *MEO* la carga de la prueba que deben afrontar las autoridades de competencia para sancionar por un ilícito contrario al art. 102 letra c) TFUE es superior<sup>127</sup>. La razón es que la autoridad de competencia debe probar que el daño que ocasiona la práctica no es puramente hipotético sino potencial<sup>128</sup>. Esto hace que las autoridades de competencia puedan encontrar complejo poder multar a una plataforma de *ecommerce* por personalizar precios mediante *big data*.

#### **D) Retos a los que se enfrentan las autoridades de competencia para considerar abusiva la personalización de precios mediante el big data y la inteligencia artificial**

39. Una autoridad de competencia puede apreciar que una determinada plataforma personaliza precios a través del uso del *big data*, pero de ahí a que se pueda determinar que es una práctica abusiva contraria al art. 102 TFUE es distinto. Es necesario tener muy presente todo lo que constituye abuso de

<sup>123</sup> Para un mayor detalle *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ I “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas on line”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, nº 20, 1, 2017.

<sup>124</sup> Townley C., Morrison E., Yeung K., “Big Data and... *op.cit.*”, pág. 37.

<sup>125</sup> STJUE de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark A/S*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, apartados 41 y 42.

<sup>126</sup> M. BOTTA, /K. WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op.cit.*”, p. 12.

<sup>127</sup> C. RITTER “Price discrimination as an abuse of a dominant position under article 102 TFEU:MEO”, *Common Market Law Review*, 56, pp. 270-271.

<sup>128</sup> C. RITTER “Price discrimination as... *op.cit.*”, p. 269.

posición de dominio en atención al art. 102 TFUE<sup>129</sup> (cuota de mercado de la empresa dominante y de sus competidores, las condiciones del mercado de referencia, la expansión y entrada de los competidores, poder de negociación de la demanda, etc.) junto con los nuevos retos que plantea la economía digital.

40. Estos retos podrían generar las siguientes dificultades a las autoridades para poder fijar el ilícito antitrust realizado mediante algoritmos que permiten discriminar en precios<sup>130</sup>:

- 1) *Práctica repetida en el tiempo*. En la mayoría de las ocasiones ni los propios consumidores saben que se les está discriminando, por lo que saber desde cuándo se realiza la práctica de precios personalizados puede resultar complicado de averiguar.
- 2) *La tecnología existente detrás de la práctica*. La autoridad de competencia debería analizar el algoritmo que utiliza la compañía para discriminar a unos consumidores frente a otros y entender su funcionamiento.
- 3) *El impacto de la práctica*. La evaluación de la situación del mercado antes y después de que la empresa personalizara los precios y qué efecto presenta en el bienestar de los grupos de consumidores afectados. No hay que olvidar que el efecto de los precios personalizados en el bienestar del consumidor es ambiguo y que debería analizarse caso a caso<sup>131</sup>. No cualquier razón puede justificar este tipo de prácticas.

Por lo tanto, teóricamente los precios personalizados mediante el *big data* y la inteligencia artificial podrían encajar en lo que se ha venido considerando como precios discriminatorios por la doctrina y la jurisprudencia, pudiendo, por tanto, considerarse una práctica contraria al art. 102 letra c) TFUE. Sin embargo, los problemas surgen en la práctica, cuando la autoridad de competencia debe probar la lesividad de esta forma de discriminar en precios al consumidor en el caso concreto para poder imponer una multa.

41. Los problemas que las autoridades de competencia pueden encontrar a la hora de imponer multas sobre este tipo de prácticas no sólo existe en el Derecho de la competencia europeo. De hecho, en atención al Derecho *antitrust* estadounidense ni siquiera se considera un ilícito contrario a la defensa de la competencia. La *Robinson-Patman Act* no resulta de aplicación a la discriminación del consumidor mediante algoritmos de precios<sup>132</sup>. Esta Ley federal sólo se aplica cuando la discriminación afecta a competidores. Especialmente está ideada para proteger a los pequeños distribuidores frente a las grandes empresas de distribución. Los pequeños distribuidores pueden sufrir discriminación si el precio al que el proveedor les vende las mercancías difiere considerablemente de sus competidores. Sin embargo, la *Robinson-Patman Act* no exige que los distribuidores deban tratar de forma igualitaria a los consumidores<sup>133</sup>. Para el Derecho *antitrust* estadounidense, el distribuidor, con independencia de si comercializa sus productos *on line* u *off line*, no tiene obligación de informar al consumidor sobre su estructura de precios. Esto le permite a un distribuidor cobrar precios diferentes a determinados grupos de consumidores por los mismos productos y no tener que advertir sobre ello<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (Texto pertinente a efectos del EEE) (2009/C 45/02), apartados 12 a 18 (DOUE C 45/7, de 24 de febrero de 2009).

<sup>130</sup> M. BOTTA, /K. WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*”, pp.13-14.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>132</sup> A. ERZACHI/E.M. STUCKE *Virtual Competition...*, *op cit.*, pp. 127-128.

<sup>133</sup> M.A. EDWARDS, “Price and Prejudice: the Case against Consumer Equality in the Information Age”, *Lewis & Clark Law Review*, 10, 2006, p. 582.

<sup>134</sup> *Katzman vs. Victoria Secret Catalogue*, 167 F.R.D. En este asunto, se interpuso una demanda contra la famosa empresa estadounidense de ropa interior femenina *Victoria's Secret* por considerarse que estaba cometiendo *mail fraud* al remitir a diferentes grupos de consumidores catálogos donde los productos se ofertaban con precios diferentes. Sin embargo, el juez no dio la razón a la parte demandante, debido a que consideró que *Victoria's Secret* podía cobrar diferentes precios por el mismo producto, no resultando ilícito la discriminación del consumidor en materia de precios.

## E) Una solución para evitar seguir discriminando a los consumidores: el pacto de compromisos

### a) Introducción

42. El análisis desde la perspectiva concurrencial de este tipo de discriminación al consumidor muestra como es una práctica que podría englobarse dentro del ámbito de aplicación del art. 102 letra c TFUE. Sin embargo, también es posible apreciar la dificultad que entraña que la lesión de competencia pueda acabar en una multa. Así, hay doctrina que ha señalado que quizás una opción podría ser no tanto “multar” sino “guiar” a las empresas con el fin de alcanzar compromisos por su parte y evitar así que discriminen a los consumidores mediante algoritmos de precios<sup>135</sup>. De hecho, esta vía presenta una ventaja y es que puede resultar una solución más rápida si se compara con un procedimiento contencioso. Esa rapidez no es un aspecto nada desdeñable en la cambiante economía digital en la que nos encontramos<sup>136</sup>. Las investigaciones de competencia son lentas y una vez que se adopta la decisión por parte de la Comisión las partes pueden recurrir dando lugar a que el procedimiento pueda dilatarse muchos años. Así pasó *ad ex.* en el asunto *Google*, la investigación se inició en 2009 y hasta 2019 no se cerró el asunto.

43. El art. 9 del *Reglamento CE 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* (en adelante, R. 1/2003) permite que la Comisión pueda alcanzar compromisos con las empresas<sup>137</sup>. Estos compromisos pueden ser bien “structural” o “behavioural”<sup>138</sup>. Los compromisos basados en la estructura persiguen resolver la lesión de la competencia exigiendo que la empresa realice desinversiones con el fin de reducir el poder de mercado de la empresa en el mercado de relevante<sup>139</sup>. Estos compromisos pueden tratarse desde la cesión de propiedad industrial, venta de acciones o de una parte del negocio. Junto con éstos, se encuentran los compromisos basados en la “conducta” o en el “comportamiento”. En base a los mismos, la empresa debe comportarse de una determinada forma para llevarlos a cabo con el fin de evitar vulnerar las normas de competencia. Estos compromisos funcionan principalmente *ex ante*<sup>140</sup>.

44. Los compromisos que acuerdan las empresas con la Comisión son de obligado cumplimiento. La Comisión debe monitorizar si verdaderamente esos compromisos se están llevando a cabo. En el caso de que no sea así, la Comisión podría reabrir el procedimiento (art. 9.1 letra b 1/2003) o incluso multar a la empresa que incumple. Este fue el caso de *Microsoft*, a la que se le impuso una multa de 561 millones de euros por incumplir los compromisos que había acordado con la Comisión Europea<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*, p. 15.

<sup>136</sup> Sobre este particular *vid.* UK House of Lords, 10th report of Session 2015-16: European Union Committee Online Platforms and the Digital Single Market, 2016, apartados 188-191. Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/12902.htm> (consultado el 11 de enero de 2021).

<sup>137</sup> DOCE L 1/1, de 4 de enero de 2003. Sobre el art. 9 del Reglamento 1/2003, *vid.* sin carácter exhaustivo Cook C., “Commitment Decisions : The Law and Practice under Article 9, World Competition, 209, 2006, ;Dunne, N., Commitment decisions in EU Competition law, *Journal of Competition Law and Economics*, 10(2), págs. 399-444; Schweitzer, H., Commitment Decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: The developing EC Practice and Case Law, *EUI working paper*, 22, 2008, disponible en [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9449/LAW\\_2008\\_22.pdf?sequence=1&isAllowed](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9449/LAW_2008_22.pdf?sequence=1&isAllowed) (consultado el 3 de enero de 2021); Wils W., “Ten Years of Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Too much of a Good Thing”, 2015, disponible en <http://ssrn.com/author=456087> (consultado el 6 de julio de 2020).

<sup>138</sup> A.JONES/ B. SUFRIN/N.DUNNE, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 934.

<sup>139</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*, p. 15.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pág. 15.

<sup>141</sup> Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 2013 relativo a un procedimiento de imposición de una multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 apartado 2 letra c) del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo por incumplimiento de un compromiso convertido en obligatorio por una decisión de la Comisión en aplicación del art. 9 del Reglamento (CE) N° 1/2003, asunto COMP/39.530, *Microsoft*, (DOUE C 120/15, de 26 de abril de 2013).

b) Compromisos concretos para evitar lesionar la competencia mediante los precios personalizados vía big data

45. Los compromisos basados en el comportamiento que llevan a cabo las empresas son los que mejor pueden casar con el problema jurídico que analizamos en el presente trabajo. Estos compromisos se elaborarían para el caso concreto, de forma individual en atención al impacto que esa práctica de precios personalizados causa en el bienestar del consumidor y en la competencia. En particular, sería posible destacar cuatro tipos de compromisos<sup>142</sup>:

- 1) *El deber de informar al consumidor.* Uno de los mayores problemas que plantean los precios personalizados es su opacidad. Es decir, el consumidor no sabe que le están discriminando. Esa falta de transparencia puede preocupar más al consumidor que la aplicación propiamente dicha de los precios personalizados. El efecto es que puede acabar dañando la reputación de la compañía. Sin embargo, si al consumidor se le informa adecuadamente podría incluso presentar efectos positivos en la empresa. La razón es que ese ocultamiento sobre su estructura de precios desaparece, lo que podría reforzar la confianza del consumidor por entender que se trata de una empresa con políticas claras y transparentes extrapolable también a otros ámbitos de su actividad.
- 2) *El deber de que el consumidor pueda elegir si le aplican un precio personalizado.* Un paso más allá muy relacionado con el compromiso señalado en el apartado anterior es que la empresa diera al consumidor la opción de ser o no discriminado. En otras palabras, que el consumidor pudiera ser informado y además elegir conforme a su propio criterio si le compensa o no que se le apliquen precios personalizados mediante algoritmos de precios en un determinada plataforma de *ecommerce*. En un primer momento, podría pensarse que si al consumidor se le da a elegir nunca aceptaría ser discriminado. Sin embargo, no tiene porque ser así. El consumidor podría elegir “arriesgarse” y aceptar esa política de precios que ofrece la plataforma debido a que puede entender que podría ser incluido dentro de ese tipo de consumidores que pueden llegar a pagar un precio menor por los mismos productos.
- 3) *Limitar la cantidad de datos que la plataforma puede recopilar.* Otro compromiso el cual afecta plenamente a que la compañía que práctica precios personalizados pueda seguir haciéndolo es limitar la cantidad de datos que puede recopilar de los consumidores. Cuantos más datos se puedan recopilar más perfecta será la discriminación debido a que más información se tiene del consumidor, y por tanto, de forma más precisa se puede llegar a su precio de reserva. Sin embargo, si la empresa es obligada a reducir el volumen de datos que puede recopilar, su personalización de precios no será tan precisa y su efecto no será tan lesivo para la competencia debido a que la discriminación perdería fuerza.
- 4) *La obligación de compartir los datos recopilados con los competidores.* Un compromiso que directamente puede afectar al modelo de negocio de la plataforma es el que obliga a compartir los datos recopilados sobre los consumidores con otros competidores. Este compromiso permitiría que los competidores pudieran remitir mejores ofertas a los clientes de la plataforma que está utilizando precios discriminatorios. Así, los consumidores que en un principio estaban siendo discriminados podrían cambiar más fácilmente de plataforma y comprar a un precio menor. El resultado sería positivo para la competencia en ese mercado, ya que la plataforma que en un primer momento aplicaba precios discriminatorios quizás tendría que cambiar esa práctica o realizar ofertas a los clientes que han dejado de comprarle para volver a recuperarles. Por lo tanto, el último beneficiado sería el consumidor.

46. Sin embargo, esta apreciación positiva que realizamos sería en términos muy generales. No hay que olvidar que este compromiso basado en compartir datos debería analizarse muy cuidadosamente por parte de la autoridad de competencia. La autoridad debería tener estudiado qué tipo de datos debe la

<sup>142</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, “To discriminate or ... *op cit.*”, p. 16.

empresa compartir<sup>143</sup>. La eficacia de las prácticas que se desarrollan mediante el *big data* no es sólo por la cantidad de datos si no también por el algoritmo que se utiliza. Por lo tanto, la autoridad de competencia si acuerda este tipo de compromiso debe tener en cuenta qué tipo de datos se deben compartir para que pueda presentar un cambio en la competencia, pudiendo el consumidor resultar beneficiado de ello. Por lo tanto, de nada serviría obligar a una empresa a compartir datos sin más. Esto puede resultar poco útil para la empresa competidora que los recibe porque datos en bruto de nada le servirían.

### c) Reflexión final

47. El posible acuerdo entre la Comisión y las empresas donde se fijan determinados compromisos puede ser positivo. Los asuntos pueden ser resueltos más ágilmente. Sin embargo, esta forma de solucionar no dejan de plantear retos e incertidumbres sobre el impacto que pueden presentar en la competencia. A nuestro juicio, tres son los aspectos claves que las autoridades de competencia deberían tener en cuenta:

- 1) La autoridad de competencia debe entender muy bien la problemática para la competencia y el consumidor que presenta el caso concreto. La solución que se puede adoptar en un supuesto específico de precios personalizados no tiene por qué funcionar en otro asunto también relacionado con los algoritmos de precios.
- 2) La autoridad de competencia no debe despreciar el gasto en tiempo y dinero que implica vigilar los compromisos a los que llega con las empresas que practican precios discriminatorios vía *big data*<sup>144</sup>. Esta vigilancia de que los compromisos se cumplen puede implicar años estudiando que las empresas se comportan tal y como han acordado. Por lo tanto, sería importante acordar con las empresas implicadas que éstos se pueden ir modulando en atención a cómo va cambiando el mercado concreto<sup>145</sup>.
- 3) El impacto que presenta en la protección de la privacidad. Los compromisos que hemos destacado pueden afectar a la privacidad de las personas. *Ad ex.* los compromisos basados en la obligación de informar al consumidor sobre que se practica precios personalizados puede solaparse con lo dispuesto en la normativa europea sobre protección de datos o protección del consumidor<sup>146</sup>. De este modo consideramos que la cooperación entre las distintas autoridades (de protección de datos y de consumidores) puede ser de ayuda para establecer los compromisos<sup>147</sup>.

Por último, también es interesante tener presente el impacto que presenta la posibilidad de llegar a compromisos en el desarrollo del art. 102 TFUE<sup>148</sup>. Es decir, cuando se llega a un compromiso, la Comisión formalmente no establece si la conducta ha lesionado el art. 102 TFUE. Hay doctrina que también ha apuntado que esa tendencia a alcanzar compromisos da lugar a que los casos no lleguen al TJUE ni al TJUE, y que por lo tanto, el control que ejercen esos tribunales sobre la Comisión se pierda<sup>149</sup>.

## IV. Conclusiones

48. Desde el Derecho de la competencia, la discriminación en precios se analiza con cierto recelo debido a que al empresario dominante le permite segmentar geográficamente el mercado. Es decir, compartimentar el mercado, efecto contrario a los objetivos del TFUE de lograr un mercado único en

<sup>143</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, "To discriminate or ... *op cit.*, p. 17.

<sup>144</sup> M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, "To discriminate or ... *op cit.*, p. 17.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>146</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>147</sup> En la misma línea *vid.* M. BOTTA, /K.WIEDEMANN, "To discriminate or ... *op cit.*, p. 20.

<sup>148</sup> A.JONES/ B. SUFRIN/N.DUNNE, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 281.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 282.

el EEE. Por lo tanto, las prácticas de personalización de precios reprochables desde un punto de vista *antitrust* podrían ser sólo aquellas que se llevan a cabo por empresas con posición de dominio. Como ya hemos señalado, el Derecho de la competencia europeo condena las prácticas abusivas tanto por exclusión como por explotación. De este modo, las prácticas por empresas con posición de dominio dirigidas a compartimentar el mercado pueden ser consideradas contrarias al art. 102 TFUE. Todo ello con independencia de que vaya dirigida contra otra empresa o los consumidores finales. Por lo tanto, si la práctica de personalización de precios no es implementada por una plataforma con posición de dominio en el mercado resultaría difícil su prohibición desde el punto de vista del Derecho *antitrust* europeo, salvo que se contemplara la lesión de la competencia mediante la creación de nuevos ilícitos.

**49.** Desde nuestro punto de vista, los precios personalizados en principio no dañarían a los consumidores si las empresas que los fijan están también en competencia en cuanto al acceso al *big data*<sup>150</sup>. Si el mercado es competitivo, el uso del *big data*, no deja de ser un elemento más que tiene como resultado la intensificación de la competencia<sup>151</sup>. Por lo tanto, es clave el análisis del caso concreto para estudiar si esta práctica tiene como resultado la explotación del consumidor o se excluye a potenciales competidores.

**50.** Un aspecto que no debe pasarse por alto es que internet presenta una doble valencia. Por un lado, permite que se pueden obtener datos de los consumidores y discriminar en los precios. Por el otro, internet hace posible que los consumidores comprueben de forma fácil el precio de los productos. Los consumidores pueden comparar ofertas y escoger la que más le interesa. Este acceso del consumidor a la información sobre precios es a bajo coste, sólo deben emplear tiempo buscando en internet diferentes proveedores. De este modo, con un conocimiento mínimo de los precios sobre un determinado producto, el consumidor puede evitar que le engañen. A esta búsqueda de información sobre los precios por parte del consumidor se le añaden también todos esos intermediarios que “velan” por el consumidor y que persiguen que este pague lo menos posible por un producto o servicio. Se trataría de todas esas plataformas que hacen comparativa de precios, muy habituales en servicios como pernoctaciones de hoteles o de seguros.

**51.** Por lo tanto, los retos que plantea la personalización de precios mediante el *big data* van más allá del Derecho de la competencia europeo. A nuestro juicio, esta disciplina no abarca todas las implicaciones que tiene esta práctica para la sociedad, la economía y el Derecho. El respeto a la privacidad de los individuos y a su dignidad, que no sufran discriminación y que las empresas puedan competir de forma leal son retos a los que nos enfrentamos y que deberán tenerse presente por el legislador para que cuando estos casos lleguen al juez pueda solucionar el problema de alguien de forma justa y sin ambages.

---

<sup>150</sup> Esta visión ya la adelantaba J.ALFARO, en “Precios personalizados y discriminación”, p. 2, disponible en <https://almacenderecho.org/precios-personalizados-discriminacion/> (consultado el 10 de enero de 2020).

<sup>151</sup> *Ibidem*.

# EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL *SCHEME OF ARRANGEMENT* DE DERECHO INGLÉS TRAS EL *BREXIT*

## RECOGNITION IN SPAIN OF THE ENGLISH SCHEME OF ARRANGEMENT AFTER BREXIT

ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS\*

*Profesor Contratado Doctor acr. de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cádiz*

ORCID ID: 0000-0002-1148-3533

Recibido: 15.01.2021 / Aceptado: 23.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5952>

**Resumen:** Este estudio analiza la posibilidad de reconocer y ejecutar en España un *Scheme of Arrangement* de Derecho inglés sancionado por un tribunal del Reino Unido en el doble escenario de que se haya iniciado antes o después del 31 de diciembre de 2020, fecha de finalización del período transitorio para el *Brexit*. El mecanismo de reconocimiento y ejecución en España de esta figura estará condicionado a su previa calificación desde una doble perspectiva: respecto de la naturaleza jurídico-material de la institución como una cuestión de derecho civil o comercial, concursal o societaria; y, desde la perspectiva procesal, respecto de la consideración de la *court's order* como una resolución judicial, una transacción judicial o un acto de jurisdicción voluntaria.

**Palabras clave:** Scheme of arrangement, reconocimiento, ejecución, Brexit.

**Abstract:** This article analyses the possibility of recognizing and enforcing in Spain an English Scheme of Arrangement sanctioned by a British court in the double scenario of having started before or after December 31, 2020, the end date of the transitional period for Brexit. The mechanism of recognition and enforcement in Spain will be conditioned to its previous characterization from a double perspective: regarding the legal nature of the institution as a matter of civil and commercial, bankruptcy or corporate law; and on the other hand, from a procedural perspective, regarding the consideration of the court's order as a judicial resolution, a court-approved settlement or an act of voluntary jurisdiction.

**Keywords:** Scheme of arrangement, recognition, enforcement, Brexit.

**Sumario:** I. Scheme of arrangement en Derecho inglés. 1. Marco normativo. 2. Competencia judicial internacional. II. Calificación del supuesto. 1. La calificación de la naturaleza jurídico-material. A) Calificación concursal. B) Calificación civil o comercial. C) Calificación societaria. 2. La calificación de la naturaleza jurídico-procesal. A) Calificación como resolución judicial. B) Calificación como transacción judicial. C) Calificación como acto de jurisdicción voluntaria. III. Escenario temporal para el reconocimiento y ejecución del scheme of arrangement en España. 1. Reconocimiento del SoA incoado antes del 31 de diciembre de 2020. A) Reconocimiento en caso de tratarse de una resolución judicial. B) Reconocimiento en caso de tratarse de una transacción judicial. C) Reconocimiento en caso de tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria. 2. Reconocimiento del SoA incoado después del 31 de diciembre de 2020. A) Reconocimiento de una resolución judicial. B) Reconocimiento de una transacción judicial. C) Reconocimiento de un acto de jurisdicción voluntaria. IV. Reconocimiento conflictual. V. Conclusiones.

---

\* [angel.ballesteros@uca.es](mailto:angel.ballesteros@uca.es). Agradezco a los Profesores A. RODRÍGUEZ BENOT y F. GARAU SOBRINO sus valiosos comentarios sobre el estudio. Las opiniones del trabajo son de exclusiva responsabilidad del autor.

## I. Scheme of arrangement en Derecho inglés

### 1. Marco normativo

1. El *Scheme of Arrangement* (en adelante SoA) es una figura típica del *common law*<sup>1</sup> concebido como un procedimiento legal que permite a una sociedad llegar a un acuerdo o compromiso con sus socios (*Member Scheme*) o acreedores (*Creditor Scheme*), que, en caso de ser aprobado por la mayoría de los destinatarios y tras su aprobación judicial, resultará vinculante para ellos, hayan o no votado a favor del mismo<sup>2</sup>.

2. En el Reino Unido (en adelante RU) actualmente se regula en la Section 895 Part 26 *Companies Act 2006*<sup>3</sup>, denominada “Arrangements and reconstructions: general”, que lo define como un acuerdo entre la sociedad y sus acreedores, o cualquier clase de ellos, o entre la sociedad y sus socios, o cualquier clase de ellos<sup>4</sup>. El término *arrangement* puede incluir una reorganización del capital social de la compañía mediante la consolidación de acciones de diferentes clases o mediante la división de acciones en acciones de diferentes clases, o por ambos métodos<sup>5</sup>.

Junto a esta parte general, el RU ha añadido recientemente una nueva *Part 26A* a la *Section 895 Companies Act 2006*<sup>6</sup>, denominada “*Arrangements and reconstructions: companies in financial difficulty*”<sup>7</sup>, que prevé disposiciones especiales que se aplican cuando la sociedad cumple simultáneamente dos condiciones: (1<sup>a</sup>) que se encuentre en dificultades financieras que están afectando o pueden afectar su capacidad para llevar a cabo negocios como una empresa en funcionamiento (condición A); y (2<sup>a</sup>) que se proponga concluir un acuerdo con sus acreedores o socios con el propósito de eliminar, reducir o prevenir el efecto de cualquiera de las dificultades financieras mencionadas en la subsección 2 (condición B)<sup>8</sup>.

3. En el RU existe flexibilidad en lo relativo a lo que puede ser propuesto en un SoA. En la práctica, hay tres tipos principales de SoA en función de su contenido: *Transfer*, *Cram-down* y *Distribution Schemes*<sup>9</sup>. A través del *Transfer Scheme* se transmite el negocio y los activos de una sociedad a otra de

<sup>1</sup> Aunque fueron introducidos inicialmente en Reino Unido, se han extendido a diversas jurisdicciones del *common law* como Australia, Hong Kong, Irlanda, Nueva Zelanda o Singapur. Sobre esta evolución, vid J. PAYNE, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014.

<sup>2</sup> J. WINDSOR, “Una visión panorámica de los schemes of arrangement ingleses”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2011, núm. 15, pp. 553-563, p. 554.

<sup>3</sup> Sections 895-900 Part 26 Companies Act 2006, modificada por Regulations 2009 (S.I. 2009/1804) y Regulations 2020 (S.I. 2020/643) Fuente: <https://www.legislation.gov.uk>.

<sup>4</sup> Section 895 (1) Part 26 Companies Act 2006: “*The provisions of this Part apply where a compromise or arrangement is proposed between a company and: (a) its creditors, or any class of them, or (b) its members, or any class of them*”.

<sup>5</sup> Section 895 (2) Part 26 Companies Act 2006: “*Arrangement*” includes a reorganisation of the company’s share capital by the consolidation of shares of different classes or by the division of shares into shares of different classes, or by both of those methods”.

<sup>6</sup> Sections 901A-901L Part 26A Companies Act 2006, añadidas por la Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (c. 12), s. 49(1), Sch. 9 para. 1, y modificada por The Co-operative and Community Benefit Societies and Credit Unions (Arrangements, Reconstructions and Administration) (Amendment) and Consequential Amendments Order 2020 (S.I. 2020/744)

<sup>7</sup> Para una crítica sobre esta reforma, vid. R. MOKAL, “The Difficulties with ‘Financial Difficulties’: The Threshold Conditions for the New Part 26A Process”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2020, vol. 35, núm. 10, pp. 662-664.

<sup>8</sup> Section 901A Part 26 Companies Act 2006:

“(1) *The provisions of this Part apply where conditions A and B are met in relation to a company.*

(2) *Condition A is that the company has encountered, or is likely to encounter, financial difficulties that are affecting, or will or may affect, its ability to carry on business as a going concern.*

(3) *Condition B is that: (a) a compromise or arrangement is proposed between the company and: (i) its creditors, or any class of them, or (ii) its members, or any class of them, and (b) the purpose of the compromise or arrangement is to eliminate, reduce or prevent, or mitigate the effect of, any of the financial difficulties mentioned in subsection (2).”*

<sup>9</sup> Tomamos prestada esta clasificación de J. J. GONZÁLEZ ANTEQUERA, *Los Schemes of arrangement en el Derecho inglés*, Civitas, 2019, pp. 56-69.

nueva creación. Un *Cram-down Scheme* altera los términos financieros de la deuda financiera por condonación, subordinación o canje de deuda por capital (*Debt-for-equity Swap*). Los *Distribution Schemes* ofrecen un retorno de los activos a los acreedores, ofreciéndoles una alternativa más flexible a la liquidación<sup>10</sup>; suelen ser utilizados para delimitar el ámbito de las responsabilidades en caso de compañías de seguros con presencia de créditos contingentes.

4. Cabe señalar que el Derecho inglés, junto a los SoA, dispone de otros mecanismos legales para facilitar la refinanciación o reestructuración de la deuda, tales como los *Company Voluntary Agreements* (CVA) y la administración (*Pre-packaged Administration*)<sup>11</sup>, que son propiamente procedimientos concursales que se aplican al deudor insolvente, a diferencia del SoA, que puede ser utilizado también por sociedades solventes (*Solvent Scheme*). En la práctica, el SoA a veces se combina con el *Pre-packaged Administration* a través de un *Transfer Scheme*<sup>12</sup>.

5. De lo anterior se puede concluir que el Derecho inglés regula los SoA en una norma societaria (*Companies Act 2006*), que establece un procedimiento legal que permite a una sociedad alcanzar un acuerdo con sus acreedores o con sus socios con el objeto de modificar los términos de sus relaciones jurídicas y/o facilitar operaciones de refinanciación o de reestructuración societaria en diferentes contextos, tanto general (Section 895 Part 26) como de dificultad financiera (Section 895 Part 26A)<sup>13</sup>. En ambos escenarios, el SoA requiere la tramitación de un procedimiento judicial que se desarrolla en las siguientes etapas<sup>14</sup>:

- a) Solicitud (*claim form*) ante el tribunal competente con los términos del SoA.
- b) Desarrollo del proceso: audiencias ante el tribunal y reuniones con los acreedores o socios.
- c) Aprobación del SoA por los acreedores: se requiere una mayoría de acreedores que representen al menos el 75 % del valor de los créditos afectados (normalmente por cada clase de acreedores)
- d) Aprobación del SoA por parte del tribunal: el juez comprueba que se cumplen los requisitos legales, que se han alcanzado las mayorías necesarias, que los acreedores han actuado de buena fe durante el procedimiento<sup>15</sup> y que el acuerdo alcanzado es razonable para una persona inteligente y honesta<sup>16</sup>.
- e) Depósito del SoA sancionado judicialmente ante el *Registrar of Companies*<sup>17</sup>.

6. Los términos de un SoA alcanzado por la mayoría requerida y sancionado por el tribunal competente son vinculantes para todos los miembros de esas clases de créditos o acciones y, en consecuencia, obligan a la minoría disidente (*Cram-down Schemes*), que no obstante puede manifestar su oposición durante el proceso y, con posterioridad, plantear apelación<sup>18</sup>.

<sup>10</sup> J. WINDSOR, “Una visión panorámica de los schemes of arrangement ingleses”, *loc. Cit.*, p. 557.

<sup>11</sup> J. PAYNE, “Schemes of arrangement y reestructuración de deuda en el derecho inglés”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2015, núm. 22, pp. 315-328, esp. 322-327.

<sup>12</sup> *Re MyTravel Group* [2004] EWCA Civ 1734; *Re Bluebrook Ltd* [2009] EWHC 2114 (Ch).

<sup>13</sup> La nueva regulación ya se ha utilizado en *Re Virgin Atlantic Airways Limited* [2020] EWHC 2191 (Ch).

<sup>14</sup> Para un examen del desarrollo procesal del SoA, vid. J. J. GONZÁLEZ ANTEQUERA, *Los Schemes of arrangement en el Derecho inglés, op. cit.*, pp. 89-121.

<sup>15</sup> *Re Equitable Life Assurance Society* [2002] EWHC 140 (Ch).

<sup>16</sup> *Re National Bank Ltd* [1966] 1 WLR 829.

<sup>17</sup> Section 899 (4) Part 26 Companies Act 2006: “The court’s order has no effect until a copy of it has been delivered to the registrar”.

<sup>18</sup> De acuerdo con lo previsto en la *Section 54 Access to Justice Act 1999* y la *Part 52 Civil Procedure Rules*.

## 2. Competencia judicial internacional

7. El Derecho inglés no tiene reglas de competencia judicial internacional en el sentido que se le otorga en los sistemas de *civil law*<sup>19</sup>, sino que el ejercicio de *jurisdiction* sobre el demandado está basado en un modelo de *service*<sup>20</sup> y en la existencia o no de conexiones suficientes con el foro<sup>21</sup>. De acuerdo con lo previsto en la Section 895 (2) (b) *Companies Act 2006*<sup>22</sup>, los tribunales ingleses podrán aprobar un SoA en relación con cualquier sociedad que pudiese ser liquidada ante ellos. Por remisión, según la *Insolvency Act 1986*, podrán acogerse al proceso de liquidación británico (*winding up*) las sociedades incorporadas e inscritas en el RU (*registered companies*)<sup>23</sup>, así como las sociedades no inscritas (*unregistered companies*)<sup>24</sup>, lo cual ha permitido a la jurisprudencia permitir que las sociedades extranjeras planteen una reestructuración o refinanciación a través de un SoA de Derecho inglés ante tribunales del RU, si se cumplen una serie de requisitos.

8. Entre los requisitos exigidos por la jurisprudencia británica para la sanción de un SoA presentado por una sociedad extranjera ante los tribunales del RU, la doctrina cita tres factores fundamentales<sup>25</sup>: (1) que la sociedad extranjera acredite la existencia de una conexión suficiente con la jurisdicción británica; (2) que se produzca un resultado beneficioso para la liquidación de la sociedad, y/o (3) que el tribunal inglés pueda ejercer su jurisdicción sobre las personas interesadas en la distribución de los bienes de la sociedad.

9. El concepto de “conexión suficiente” con la jurisdicción británica ha sido interpretado en sentido amplio<sup>26</sup>. La práctica judicial ha justificado la competencia de los tribunales del RU para la sanción de un SoA acordado por sociedades extranjeras teniendo en cuenta los siguientes criterios, apreciados en conjunto o de manera aislada<sup>27</sup>: (1) que se haya pactado una cláusula de sumisión exclusiva a los tribunales británicos; (2) que los créditos afectados por el SoA estuvieran sometidos al Derecho inglés<sup>28</sup>; (3) que el deudor tuviese un establecimiento en ese territorio; (4) que la mayoría de acreedores tuviera su domicilio en el RU; (5) que la sociedad tuviera bienes o activos sometidos a la jurisdicción inglesa; (6) que los acreedores financieros realicen operaciones o tengan sucursales en el RU; y/o (7) que el SoA será reconocido en el extranjero<sup>29</sup>.

10. El La jurisprudencia británica entiende que las sociedades extranjeras pueden plantear un SoA ante los tribunales ingleses puesto que no procede examinar dónde está el COMI de la sociedad extranjera, siendo suficiente que se demuestre una “conexión suficiente” con la jurisdicción británica<sup>30</sup>.

<sup>19</sup> A. BRIGGS, “Brexit and Private International Law: An English Perspective”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2019, vol. 55, núm. 2, pp. 261-283, esp. p. 264.

<sup>20</sup> Civil Procedure Rules 1998 (CPR), Section IV, Part 6, Rules 6.36-6.37, completadas con la *Practice Direction 6B Service Out of the Jurisdiction*.

<sup>21</sup> Vid. comentario de A. DICKINSON, “Walking Solo – A New Path for the Conflict of Laws in England”, entrada del blog *Conflictoflaws.net* del 4.1.2021.

<sup>22</sup> *Companies Act 2006*, Section 895 (2), Part 26: “company [...] b) [...] means any company liable to be wound up under the *Insolvency Act 1986* (c. 45) or the *Insolvency (Northern Ireland) Order 1989* (S.I. 1989/2405 (N.I. 19)).”

<sup>23</sup> *Insolvency Act 1986*, Section 73 (1) Part IV: “this Part applies to the winding up of a company registered under the *Companies Act 2006* in England and Wales or Scotland.”

<sup>24</sup> *Insolvency Act 1986*, Section 220 Part V: “for the purposes of this Part unregistered company includes any association and any company, with the exception of a company registered under the *Companies Act 2006* in any part of the United Kingdom.”

<sup>25</sup> J. J. GONZÁLEZ ANTEQUERA, *Los Schemes of arrangement en el Derecho inglés*, op. cit., pp. 160-167.

<sup>26</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La eficacia en España de los schemes of arrangement ingleses”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2010, núm. 13, pp. 383-398, p. 386.

<sup>27</sup> *Re Drax Holdings Ltd* (2003) EWHC 2743 (Ch)

<sup>28</sup> *Re Real Estate Development Co* (1991) BCLC 210.

<sup>29</sup> *Re Gallery Capital SA* [2010] WL 4777509 (Ch).

<sup>30</sup> *Re Rodenstock GmbH* (2011) EWHC 1104 (Ch); *Re Primacom Holdings GmbH* (2011) EWHC 3746 (Ch)

Algunos autores justifican este *Forum Shopping* por las ventajas del SoA en el supuesto de ausencia de soluciones similares en su Derecho interno<sup>31</sup>.

Con base en estos criterios de conexión suficiente, varias sociedades españolas han visto aprobados sus SoA por parte de tribunales del RU<sup>32</sup>, con algunas voces críticas en la doctrina española<sup>33</sup>. En nuestra opinión, las normas de jurisdicción británicas referidas deben ser analizadas con la perspectiva de la posible aplicación de los instrumentos comunitarios<sup>34</sup>, al menos para los procedimientos de SoA iniciados antes del final del periodo transitorio del *Brexit*. Analizaremos esta cuestión en el apartado III, dado que con carácter previo debemos calificar el supuesto objeto de estudio, lo cual va a condicionar el instrumento aplicable.

## II. Calificación del supuesto

11. A partir del *Brexit*, el reconocimiento del *Scheme of arrangement* estará condicionado a la previa calificación del supuesto de hecho objeto de estudio aplicando las técnicas metodológicas propias del Derecho internacional privado de los Estados miembros<sup>35</sup>. Desde la óptica del sistema español, hemos de calificar la *court's order* sancionando un SoA desde una doble perspectiva: por un lado, respecto de la naturaleza jurídico-material de la institución (apartado 1); y por otro lado la perspectiva procesal, respecto de la consideración de la *court's order* como una resolución judicial, una transacción judicial o un acto de jurisdicción voluntaria (apartado 2).

### 1. La calificación de la naturaleza jurídico-material

12. El Derecho inglés contempla la utilización del SoA por parte de las sociedades para alcanzar un acuerdo con sus acreedores o con sus socios en diferentes contextos, tanto concursales como no concursales, facilitando operaciones de refinanciación o de reestructuración societaria. Dependiendo de la naturaleza jurídico-material del SoA utilizado, para el reconocimiento y ejecución en España del SoA de Derecho inglés se utilizará un instrumento u otro. Existe una triple posibilidad de calificación del SoA: por una parte, considerarlo como una institución de naturaleza concursal relacionada con el Derecho de insolvencia (apartado A); por otra parte, considerarlo como una institución de naturaleza civil o comercial no vinculada necesariamente con el Derecho de insolvencia (apartado B); por último, considerarlo como una cuestión societaria (apartado C)

#### A) Calificación concursal

13. En primer lugar, conviene considerar la posibilidad de defender que el SoA es una institución relacionada con el Derecho de insolvencia por ser utilizada de manera habitual en periodos pre-concursales de reestructuración y refinanciación de sociedades. De acuerdo con esta calificación, los

<sup>31</sup> Por todos, vid J. PAYNE, "Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping", *European Business Organization Law Review*, 2013, vol. 4, núm. 14, pp. 563-589.

<sup>32</sup> *Re La Seda de Barcelona SA* (2010) EWHC 1364 (Ch); *Re Metrovacesa SA* (2011) EWHC 1014 (Ch); *Re Codere Finance Ltd* (2015) EWHC 3778 (Ch). Vid. comentarios en J. J. GONZÁLEZ ANTEQUERA, *Los Schemes of arrangement en el Derecho inglés*, op. cit., pp. 327-342.

<sup>33</sup> Por todos, vid. E. TORRALBA MENDIOLA Y Á. CARRASCO, "Schemes of arrangement ingleses para sociedades españolas: una crítica", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2011, núm. 14, pp. 349-362.

<sup>34</sup> De esta opinión, L. C. HO, "A Restatement of the English Court's Jurisdiction to Sanction a Scheme of Arrangement", *Corporate Rescue and Insolvency*, 2009, vol. 1, núm. 3, pp. 1-6.

<sup>35</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, "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, p. 509.

mecanismos potencialmente aplicables para el reconocimiento y ejecución del SoA sancionado por un tribunal inglés en España serían, dependiendo del momento en que se haya iniciado el procedimiento, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia [en lo sucesivo RI]<sup>36</sup>, o el Texto Refundido de la Ley concursal [en adelante TRLC], aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020<sup>37</sup>.

**14.** En lo que respecta al RI, su artículo 1 (1) señala que se aplica a los procedimientos colectivos públicos regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación: (a) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre a un administrador concursal; (b) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial, o (c) un órgano jurisdiccional acuerde una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores. A este respecto, el Considerando 16 RI señala que “*los procedimientos que se basen en disposiciones generales del Derecho de sociedades que no estén concebidas exclusivamente para situaciones de insolvencia no deben considerarse procedimientos basados en la legislación en materia de insolvencia*”.

**15.** Por otro lado, el artículo 1 (1) *in fine* RI establece que “*los procedimientos a que se refiere el presente apartado se enumeran en el anexo A.*” A este respecto, el Considerando 9 RI señala que esta lista es exhaustiva y que “*los procedimientos nacionales de insolvencia que no estén enumerados en el anexo A deben quedar excluidos del presente Reglamento.*”

Esta postura coincide con la mayoritaria en la doctrina anglosajona<sup>38</sup> y con la jurisprudencia de los tribunales del Reino Unido<sup>39</sup>.

**16.** Por los argumentos expresados, entendemos que el SoA no cumple con los requisitos materiales exigidos por el artículo 1 (1) RI para su aplicabilidad, puesto que el SoA no fue incluido entre los procedimientos de insolvencia mencionados en su Anexo A del RI, no supone un procedimiento colectivo público que afecte a la totalidad del pasivo, no implica un proceso de desapoderamiento del deudor ni tampoco el nombramiento de un administrador concursal, ni puede considerarse como una institución exclusiva del Derecho concursal, sino que está encuadrado en la Section 895 (Parts 26 y 26A) de la *Companies Act* (2006) y no en la *Insolvency Act*, siendo utilizado para acuerdos de refinanciación no necesariamente vinculados a un procedimiento de insolvencia.

**17.** Sin embargo, la inclusión de un nuevo tipo de SoA de la Part 26A *Companies Act* (2006) basado en dificultades financieras podría matizar esta tradicional calificación, pues podríamos considerar que este apartado regula una situación pre-concursal compatible con un posterior procedimiento de insolvencia. Esta calificación pre-concursal tendría un mayor fundamento en el supuesto de que la sociedad atravesase dificultades financieras y solicitase el SoA basándose en la *Part 26A* de la *Section 895 Companies Act 2006*, con la pretensión de concluir acuerdos con sus acreedores en el marco de un proceso de reestructuración o refinanciación.

**18.** En todo caso, aunque compartiéramos parcialmente esta posible calificación concursal, de acuerdo con los términos de las disposiciones transitorias del Acuerdo sobre el *Brexit*, el RI solo podría ser aplicable “*a los procedimientos de insolvencia y a las acciones a que se refiere el artículo 6, apartado 1, de dicho Reglamento, siempre que el procedimiento principal se haya incoado antes del final del período transitorio.*” Es decir, para que fuera aplicable el RI sería necesario que el SoA tuviera su

<sup>36</sup> DOUE L 141, de 5.6.2015.

<sup>37</sup> BOE núm. 127 de 7.5.2020, artículos 742 a 748.

<sup>38</sup> Por todos, vid I. MEVORACH Y A. WALTERS, “The Characterization of Pre-insolvency Proceedings in Private International Law”, *European Business Organization Law Review*, 2020, vol. 4, núm. 21, pp. 855-894, esp. 875-880. No obstante, estos autores ponen de manifiesto los problemas de calificación derivados de la naturaleza híbrida de los SoA como institutos pre-concursales cuando en la práctica se combinan con otros procesos propios del Derecho concursal.

<sup>39</sup> *Re DAP Holding NV* (2005) EWHC 2092 (Ch); *Re Drax Holdings Ltd* (2003) EWHC 2743 (Ch)

fundamento en la *Part 26A* de la *Section 895 Companies Act 2006* y, simultáneamente, que la sociedad hubiera solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia principal antes del final del periodo transitorio, lo cual reduce mucho en la práctica la posible aplicación del RI.

A partir del 1 de enero de 2021, el RI ha dejado de aplicarse entre el RU y la UE y, por tanto, la calificación que el tribunal español haya de realizar respecto de la institución del SoA se practicará según el criterio del Derecho español como *lex fori* (ex artículo 12.1 Código civil). En consecuencia, el tribunal español podría interpretar que el instrumento aplicable sería el TRLC, al calificar como concursal el SoA como un procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación. Esta cuestión será abordada en el apartado III.2, al cual nos remitimos.

## B) Calificación civil o comercial

19. En caso de que interpretemos que el SoA no tiene calificación concursal en los supuestos que no estén vinculados a un procedimiento de insolvencia, se cuestiona si en consecuencia tendría naturaleza civil o comercial. Para ello, el texto de referencia para el reconocimiento en España de una resolución judicial de un tribunal del RU en materia civil o mercantil sería, al menos hasta el 31 de diciembre de 2020, el 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 [RB I Bis]<sup>40</sup>.

20. En lo que se refiere al RB I Bis, si se considerase que el SoA no tiene naturaleza jurídico-material concursal ni deriva necesariamente de un procedimiento de insolvencia, cabría plantearse si la resolución adoptada por el tribunal inglés sancionando el SoA es susceptible de ser reconocida y ejecutada conforme a las reglas del RB I Bis, por cuanto no se encuentra excluida expresamente por el artículo 1 (2) (b) RB I Bis, al no tratarse de un procedimiento referido a “*la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos*”. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, los instrumentos comunitarios del RB I Bis y el RI “*deben interpretarse de tal manera que se evite todo solapamiento entre las normas jurídicas que ambos textos establecen, así como todo vacío jurídico*”<sup>41</sup>. En consecuencia, la exclusión del SoA del ámbito material del RI parece implicar la inclusión en el ámbito del RB I Bis.

A salvo de la eventual consideración preconcursal del SoA basado en la *Part 26A*, el SoA como acuerdo de refinanciación con los acreedores solicitado de conformidad con la *Part 26* se refiere a una cuestión propia de Derecho civil contractual incluida en el concepto de Derecho privado, por lo que entraría dentro del ámbito de aplicación material definido en el artículo 1 (1) RB I Bis, siempre que se respetase el ámbito temporal de aplicación del RB I Bis.

A partir del 1 de enero de 2021, el RB I Bis dejará de aplicarse a los SoA de Derecho inglés. En consecuencia, debemos analizar si existe algún otro instrumento internacional aplicable.

21. En lo que respecta al Convenio de Lugano 2007, esta posibilidad aún no es susceptible de aplicarse pues la solicitud de adhesión depositada por el RU el 8 de abril de 2020 aún debe ser aceptada por los Estados Partes. Caso de prosperar, esta opción permitiría en el futuro mantener la pirámide de foros del RB I Bis entre el RU y los Estados miembros de la UE, Islandia, Noruega y Suiza<sup>42</sup>.

22. En relación con el Convenio de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (en adelante CH 2005), el RU ha depositado su adhesión el 28 septiembre 2020. En consecuencia, a partir

<sup>40</sup> DOUE L 351, de 20.12.2012.

<sup>41</sup> STJUE de 19.04.2012, *F-Tex*, C-213/10 [ECLI:EU:C:2012:215], apartado 29; STJUE de 09.11.2017, *Tünkers France y Tünkers Maschinenbau*, C-641/16 [ECLI:EU:C:2017:847], apartado 17.

<sup>42</sup> Algunos autores incluso defienden que, en caso de un Brexit sin acuerdo, existen argumentos para defender la aplicación del Convenio Lugano 1988. Vid. R. RODRIGUEZ Y P. GUBLER, “Recognition of a UK Solvent Scheme of Arrangement in Switzerland and under the Lugano Conventions”, *IPRAX*, 2020, vol. 4, pp. 372-378.

del 1 enero 2021 este Convenio se aplica a los acuerdos de sumisión expresa a los tribunales del RU firmados desde esa fecha. En cambio, los acuerdos firmados hasta el 31 de diciembre de 2020 seguirán los trámites previstos en el RB I Bis, de acuerdo con las normas transitorias del Acuerdo sobre el Brexit. De acuerdo con su artículo 1 (1), el CH 2005 se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial. Su artículo 2 (2) prevé que no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro relativos a “*la insolvencia, los convenios entre insolvente y acreedores y materias análogas*”. No puede considerarse que los SoA puedan entrar dentro de esta exclusión, por los argumentos expresados en el apartado anterior, por lo que parte de la doctrina aboga por la plena aplicación del CH 2005 a los acuerdos de sumisión expresa incorporados a un SoA<sup>43</sup>.

23. En defecto de instrumento internacional aplicable, para el reconocimiento y ejecución del SoA en España se aplicaría la norma propia del régimen autónomo español, en la materia la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil [LCJI]<sup>44</sup>, cuyo régimen abordaremos en el apartado III.

### C) Calificación societaria

24. Finalmente, cabría examinar la hipotética posibilidad de que un SoA acordado entre los socios de una compañía pudiera otorgarle una calificación diferente de la civil o comercial. Pues bien, el hecho de que un SoA se acordase en el ámbito de una reestructuración societaria no le privaría de tratarse de una cuestión de Derecho privado con las mismas consideraciones realizadas hasta ahora para la calificación civil o comercial. La única diferencia, que podría tener trascendencia en cuanto al régimen de reconocimiento, sería en relación con la competencia judicial internacional, puesto que ciertos acuerdos en materia societaria pudieran ser susceptibles de ser incluidos en el foro exclusivo del artículo 24 (2) RB I Bis respecto de la validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, o la validez de las decisiones de sus órganos, en caso de ser aplicable este instrumento. Por ejemplo, esta cuestión podría suscitarse en el marco de una liquidación societaria no concursal<sup>45</sup>. En todo caso, la calificación societaria de un SoA no alteraría las reglas sobre el régimen de eventual reconocimiento y ejecución, pues éstas no distinguen si se trata de materia civil, comercial o societaria.

25. Cuestión diferente a las anteriores es si el SoA objeto de estudio cumple los requisitos jurídico-procesales para ser considerado una resolución judicial cuyo reconocimiento esté sometido al RB I Bis, a otro instrumento internacional o, en su defecto, a las reglas de la LCJI. Esta calificación debe ser examinada en el siguiente apartado.

## 2. La calificación de la naturaleza jurídico-procesal

26. Dependiendo de la naturaleza jurídico-procesal de la institución, para el reconocimiento y ejecución en España del SoA de Derecho inglés se utilizará un instrumento u otro. Existe una triple posibilidad de calificación: considerarlo como una resolución judicial dictada en un procedimiento de jurisdicción contenciosa (apartado A); como una transacción judicial (apartado B); o como un acto de jurisdicción voluntaria (apartado C).

<sup>43</sup> J. MARSHALL, J. FERGUSON Y L. ACONLEY, “Brexit: what next for cross-border restructurings and insolvencies?”, *Corporate Rescue and Insolvency*, 2016, núm. 4, pp. 149-151. Con dudas sobre esta interpretación, vid. L. CARBALLO PIÑEIRO, “La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit”, *loc. Cit.*, p. 510.

<sup>44</sup> BOE núm. 182, de 31.07.2015.

<sup>45</sup> L. C. HO, “A rational basis of jurisdiction over EEA insurers’ solvent schemes that the WFUM decision could be, but isn’t”, *Insolvency Law & Practice*, 2006, vol. 22, pp. 145-149.

## A) Calificación como resolución judicial

27. De acuerdo con los términos del artículo 2 (a) RB I bis, por resolución se entiende “*cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso.*” Se trata de un concepto amplio de resolución pues se fundamenta en el principio de confianza recíproca de la justicia en la UE, debiendo el tribunal del Estado miembro requerido aceptar la resolución judicial dictada por el Estado miembro de origen sin examinar o revisar el fondo de la misma<sup>46</sup>.

28. De acuerdo con este concepto amplio, a priori no podríamos excluir el SoA objeto de análisis de la definición de resolución judicial del RB I Bis. No obstante, algunos autores consideran que el SoA no cumple con el requisito de tratarse de una resolución recaída en un procedimiento contradictorio dentro del cual el Tribunal “*en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos entre las partes*”<sup>47</sup>. De acuerdo con el razonamiento expuesto por F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “*el scheme no es un tipo de procedimiento que responda exactamente a ese esquema. Su naturaleza no es propiamente contenciosa, el deudor no interviene como actor presentado una demanda, ni los acreedores afectados son citados como demandados.*”<sup>48</sup>

29. Frente a ello, cabe alegar que el propio TJUE tiene establecido que “*aunque la resolución judicial haya sido dictada tras una primera fase del procedimiento no contradictoria, pudo ser objeto de un debate contradictorio antes de que se suscitara la cuestión de su reconocimiento y ejecución con arreglo al Convenio*” (léase RB I Bis)<sup>49</sup>. En particular, el TJUE exige que “*las resoluciones cuya ejecución se solicita en otro Estado miembro hayan sido dictadas en un procedimiento judicial que ofrezca garantías de independencia e imparcialidad y respete el principio de contradicción*”<sup>50</sup>.

A este respecto, conviene señalar que la resolución dictada por el tribunal inglés sancionando el SoA habrá sido dictada tras una fase procesal contradictoria, con posibilidad de debate contradictorio en el curso de la audiencia de los acreedores afectados por el SoA, y con posibilidad de apelación ante los tribunales superiores ingleses frente a la resolución emitida antes de que se someta a reconocimiento la misma. Por lo cual no vemos motivos para negar el carácter de resolución judicial que le atribuye el RB I Bis.

30. En caso de que no resultara de aplicación del RB I Bis, habría que considerar la aplicación del CH 2005 en el caso de que se hubiera incluido una cláusula de sumisión expresa a los tribunales del RU en un acuerdo posterior al 1 de enero de 2021. A estos efectos, el artículo 4 (1) CH 2005 considera resolución judicial “*toda decisión en cuanto al fondo emitida por un tribunal, cualquiera que sea su denominación, incluyendo sentencias o autos, así como la determinación de costas o gastos por el tribunal (incluyendo el secretario del tribunal), siempre que la determinación se refiera a una decisión sobre el fondo que sea susceptible de ser reconocida o ejecutada en virtud de este Convenio*”. Dada su redacción casi idéntica al artículo 2 (a) RB I bis, damos por reproducidos los argumentos expresados con respecto a la consideración del SoA como una resolución judicial a los efectos de la eventual aplicación del CH 2005.

31. Por último, en relación con el régimen autónomo, el artículo 43 (a) LCJI define resolución como “*cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide*

<sup>46</sup> STJUE de 15 noviembre 2012, asunto C-456/11, *Gothaer* [ECLI:EU:C:2012:719], apartado 36.

<sup>47</sup> STJCE de 21 de mayo de 1980, asunto C-125/79, *Denilauler* [ECLI:EU:C:1980:130], apartado 9.

<sup>48</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La eficacia en España de los *schemes of arrangement* ingleses”, *loc. cit.*, p. 389.

<sup>49</sup> STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, *Maersk* [ECLI:EU:C:2004:615], apartado 50; STJCE de 13 de julio de 1995, asunto C-474/93, *Hengst* [ECLI:EU:C:1995:243], apartado 14.

<sup>50</sup> STJUE de 9 de marzo de 2017, asunto C-551/15, *Pula Parking* [ECLI:EU:C:2017:193], apartado 54.

*las costas del proceso*”. Por los argumentos expuestos, tampoco el régimen interno español excluye la *court’s order* inglesa del concepto de resolución judicial.

## B) Calificación como transacción judicial

32. En el hipotético caso de que se considerase que la *court’s order* inglesa no reuniese los requisitos para ser considerada una resolución judicial, no por ello dejaría de aplicarse el régimen previsto en el capítulo III del RB I Bis para reconocer y ejecutar en España la decisión del Tribunal inglés, por cuanto, de manera subsidiaria, se podrían reconducir a la figura de la transacción judicial definida en el artículo 2 (b) RB I Bis como “*un pacto aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el curso del procedimiento*”.

33. En este caso, su reconocimiento podría realizarse a través del mecanismo previsto en materia de exequátur para las transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva del capítulo IV del RB I Bis, puesto que el artículo 59 RB I Bis establece que “*las transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán ejecutadas en los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los documentos públicos*”.

Entre los autores que analizan este posible encuadramiento, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ afirma que “*un scheme no es más que una transacción judicial en la que la voluntad individual del acreedor ha sido reemplazada por una voluntad colegiada. El consentimiento individual de cada acreedor se sustituye ex lege por el consentimiento de una mayoría cualificada que se entiende representa adecuadamente el interés colectivo*”. No obstante, este autor entiende que el consentimiento individual así sustituido no encaja en el concepto de transacción judicial del artículo 58<sup>51</sup>.

34. En caso de aplicarse el CH 2005, el artículo 12 señala que “*las transacciones judiciales que ha aprobado un tribunal de un Estado contratante, designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro o que han sido celebradas ante ese tribunal en el curso del procedimiento y que son ejecutorias al igual que una resolución en el Estado de origen, serán ejecutadas en virtud del presente Convenio de igual manera que una resolución*.”

Aunque el CH 2005 no define el concepto de transacción judicial, el Informe explicativo HARTLEY / DOGAUCHI expone que “*las transacciones judiciales son desconocidas en los países del common law [...] Una transacción judicial difiere de una consent order según el common law (una orden dictada por el tribunal con el consentimiento de ambas partes), porque una consent order es una resolución y puede ser reconocida y ejecutada como tal en virtud del artículo 8 del Convenio*.”<sup>52</sup>

## C) Calificación como acto de jurisdicción voluntaria

35. En el hipotético caso de que se considerase que el SoA no reuniese los requisitos para ser considerada ni una resolución ni una transacción judicial, la última alternativa posible a estudiar sería si pudiese ser considerado como un acto de jurisdicción voluntaria acordado por autoridad extranjera<sup>53</sup>.

36. En Derecho español, el artículo 1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria[LJV]<sup>54</sup> considera actos de jurisdicción voluntaria “*todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*.”

<sup>51</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La eficacia en España de los *schemes of arrangement* ingleses”, *loc. cit.*, p. 390.

<sup>52</sup> Informe explicativo del CH 2005, elaborado por los Profesores T. HARTLEY y M. DOGAUCHI, párrafo 207.

<sup>53</sup> Por todos, vid. J. J. GONZÁLEZ ANTEQUERA, *Los Schemes of arrangement en el Derecho inglés*, *op. cit.*, pp. 318-327.

<sup>54</sup> BOE núm. 158, de 03.07.2015.

37. En caso de ser considerado como un acto de jurisdicción voluntaria, el reconocimiento y ejecución en España de la decisión del Tribunal inglés aprobando el SoA seguiría los trámites previstos en la LCJI, por remisión del artículo 12 (1) LJV, que establece que “*los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente*”.

### III. Escenario temporal para el reconocimiento y ejecución del *scheme of arrangement* en España

38. Desde una perspectiva temporal, en nuestro estudio utilizaremos el método diacrónico, esto es, expondremos la síntesis de los resultados obtenidos en nuestro análisis científico retrospectivo para establecer las consecuencias que el *Brexit* tiene en la aplicación del instrumento de reconocimiento una vez producida la salida del RU de la UE. Se plantean grandes incertidumbres respecto a los efectos extraterritoriales de los procedimientos británicos preconcursales y extraconcursales utilizados en la reorganización y refinanciación de empresas de actividad internacional, incluidos los SoA<sup>55</sup>.

39. En nuestro análisis deberemos distinguir un doble escenario temporal, en función de que el procedimiento del SoA se haya iniciado antes o después del 31 de diciembre de 2020, tras la finalización del periodo transitorio del *Brexit*.

#### 1. Reconocimiento del SoA incoado antes del 31 de diciembre de 2020

40. En cuanto a los procesos de SoA pendientes de aprobación iniciados antes del *Brexit* o durante el periodo transitorio, deberemos tener en cuenta los términos del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 24 de enero de 2020<sup>56</sup>, en el cual se contienen las siguientes disposiciones transitorias para el *Brexit*:

*“1. En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 [normas sobre litispendencia y conexidad] del Reglamento (UE) n° 1215/2012 [...] se aplicarán los actos o disposiciones siguientes:*

*a) las disposiciones en materia de competencia judicial del Reglamento (UE) n° 1215/2012; [...]*

*2. En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, se aplicarán los actos o disposiciones siguientes respecto del reconocimiento y la ejecución de resoluciones, documentos públicos, acuerdos y transacciones judiciales, como se dispone a continuación:*

*a) el Reglamento (UE) n.o 1215/2012 se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio, así como a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente y las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes del final del periodo transitorio.*

*3. En el Reino Unido, así como en los Estados miembros en situaciones que incumban al Reino Unido, las siguientes disposiciones se aplicarán como sigue:*

*[...]*

*c) el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo se aplicará a los procedimientos de insolvencia y a las acciones a que se refiere el artículo 6, apartado 1, de dicho Reglamento, siempre que el procedimiento principal se haya incoado antes del final del periodo transitorio.”*

<sup>55</sup> Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “*Brexit e insolvencia transfronteriza*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, t. XVII, pp. 91-123, p. 96.

<sup>56</sup> DOUE L 29, de 31.1.2020.

41. En consecuencia, al SoA incoado antes del 31 de diciembre de 2020 se le aplicarán las normas del RB I Bis, en función de la calificación jurídico-procesal que otorguemos a la institución: (a) si consideramos que se trata de una resolución judicial, se le aplicarían las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones en caso de que hayan sido dictadas en procesos iniciados antes de finalizado el período transitorio; (b) si consideramos que se trata de una transacción judicial, se le aplicarían las normas relativas a documentos públicos y acuerdos y transacciones judiciales, siempre que hayan sido dictadas, formalizadas o registradas, aprobadas o celebradas antes de que haya finalizado el período transitorio.

#### **A) Reconocimiento en caso de tratarse de una resolución judicial**

42. Se le aplicarían las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales previstas en el capítulo III RB I Bis (artículos 36 a 57), en caso de que hayan sido dictadas en procesos iniciados antes de finalizado el período transitorio.

43. Como regla general, las resoluciones dictadas por un tribunal de un Estado miembro de origen (a estos efectos, RU) se reconocen automáticamente en el Estado miembro requerido (en este caso, España) sin necesidad de que se desarrolle ningún procedimiento *ad hoc* de homologación, extendiendo sus efectos a este último en virtud de la tesis de extensión de efectos<sup>57</sup>.

44. En cuanto a la ejecución, si la resolución es ejecutiva en el Estado miembro de origen extiende sus efectos al Estado miembro requerido, debiendo ser ejecutada en este en las mismas condiciones que si se hubieran dictado en el Estado miembro requerido [artículo 41 (1) RB I Bis].

#### **B) Reconocimiento en caso de tratarse de una transacción judicial**

45. Se le aplicarían las normas relativas a documentos públicos y acuerdos y transacciones judiciales previstas en el capítulo IV RB I Bis (artículos 58 a 60), siempre que hayan sido dictadas, formalizadas o registradas, aprobadas o celebradas antes de que haya finalizado el período transitorio. La ejecución de un documento público solo podrá denegarse en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido [artículo 58 (1) RB I Bis].

46. El problema que plantea la consideración como transacción judicial es que en caso de que, para que se aplique el RB I Bis de acuerdo con las normas transitorias previstas en el Acuerdo para el *Brexit*, se requiere que hayan sido dictadas, formalizadas o registradas, aprobadas o celebradas antes de que haya finalizado el período transitorio, supuesto que resulta difícil considerar como cumplido en el caso objeto de estudio. En caso de entender que en el presente supuesto este requisito procesal no se cumpliera, el reconocimiento y ejecución se seguiría por los trámites previstos en la LCJI.

#### **C) Reconocimiento en caso de tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria**

47. En este supuesto, sería más discutible la aplicación del RB I Bis para reconocer y ejecutar en España la decisión del Tribunal inglés, debiendo seguir los trámites previstos en la LCJI, por remisión del artículo 12 (1) LJV, que establece que “*los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente*”.

<sup>57</sup> STJUE de 4 de febrero de 1988, asunto C-145/86, *Hoffmann* [ECLI:EU:C:1988:61], apartado 9.

48. Conviene tener en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 (2) LJV, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos:

- a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas.
- b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.
- c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.
- d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. Reconocimiento del SoA incoado después del 31 de diciembre de 2020

49. Hemos de señalar igualmente que ni en el Acuerdo de comercio y cooperación concluido entre la UE y el RU<sup>58</sup> ni tampoco en la legislación interna española<sup>59</sup> existen disposiciones sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil a aplicar en el periodo post-Brexit. Así las cosas, en caso de que el SoA se haya iniciado a partir del 1 de enero de 2021, el reconocimiento del SoA se llevaría a efecto a través de los instrumentos jurídicos previstos en el régimen autónomo del sistema español de Derecho internacional privado, puesto que han dejado de aplicarse los instrumentos comunitarios (entre otros, el RB I Bis y el RI) para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones adoptadas por los tribunales ingleses, cualquiera que sea la forma jurídico-procesal que adopten (resolución judicial, transacción judicial o acto de jurisdicción voluntaria). De lo anterior se derivan importantes consecuencias:

- a) Las resoluciones del RU ya no gozarán de la libertad de circulación de resoluciones judiciales ni del principio de confianza recíproca que se predica de las decisiones adoptadas en el espacio judicial comunitario entre los Estados miembros, tanto en lo que se refiere al ámbito de la competencia judicial internacional como del mecanismo de reconocimiento y ejecución de resoluciones.
- b) La calificación que el tribunal español haya de realizar respecto de la institución del SoA se practicará según el criterio del Derecho español como la *lex fori* (ex artículo 12.1 Código civil español), lo cual podría derivar en un conflicto de calificaciones respecto de la naturaleza jurídico-material y jurídico-procesal del SoA en España. Por ejemplo, el tribunal español podría calificar como concursal los procedimientos de homologación de acuerdos de refinanciación, aplicando el TRLC en lugar de la LCJI o la LJV.
- c) El mecanismo de reconocimiento del SoA variará en función de la calificación material y procesal que otorguemos a la institución del SoA.

<sup>58</sup> DOUE L 444, de 31.12.2020.

<sup>59</sup> Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio (BOE núm. 340, de 30.12.2020). *Vid.* comentarios de F. GARAU SOBRINO, entrada del blog *Conflictuslegum* de 30.12.2020, y A. IRIARTE IBARGÜEN, “España y Reino Unido tras el Brexit. Medidas temporales”, *Diario La Ley*, núm. 9763, 4.1.2021.

## A) Reconocimiento de una resolución judicial

a) En materia civil o comercial:

**50.** Se le aplicarían las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones judiciales previstas en la LCJI (artículos 44 a 55).

**51.** Cabe destacar que el artículo 44 (4) LCJI acoge la teoría de la equivalencia de efectos, al prever que si la resolución extranjera contuviera una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español se adoptará una medida propia del derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad o intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el derecho del Estado de origen.

**52.** Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán si concurren los motivos de denegación del reconocimiento del artículo 46 (1) LCJI, esto es: (a) cuando fueran contrarias al orden público; (b) cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes; (c) cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable; (d) cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España; (e) cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España; (f) cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

**53.** Las resoluciones extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en origen podrán ejecutarse en España una vez obtenido el exequátur [artículo 50 (1) CJI].

b) En materia concursal:

**54.** Si se considerase que el SoA forma parte o se presenta junto con un procedimiento vinculado a la insolvencia, se le aplicarían las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales previstas en los artículos 742 a 748 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR).

**55.** El artículo 744 TRLR prevé que cualquier resolución dictada en un procedimiento de insolvencia extranjero y que tenga su fundamento en la legislación concursal se reconocerá en España sin necesidad de procedimiento alguno, siempre que reúna los requisitos previstos en el artículo 742 TRLR. Por remisión, éste establece que las resoluciones extranjeras que declaren la apertura de un procedimiento de insolvencia se reconocerán en España mediante el procedimiento de exequátur regulado en la LCJI si reúnen los requisitos siguientes:

1. Que la resolución se refiera a un procedimiento colectivo fundado en la insolvencia del deudor, en virtud del cual sus bienes y actividades queden sujetos al control o a la supervisión de un tribunal o una autoridad extranjera a los efectos de su reorganización o liquidación.
2. Que la resolución sea definitiva según la ley del Estado de apertura.
3. Que la competencia del tribunal o de la autoridad que haya abierto el procedimiento de insolvencia esté basada en alguno de los criterios contenidos en esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente.
4. Que la resolución no haya sido pronunciada en rebeldía del deudor o, en otro caso, que haya sido precedida de entrega o notificación de cédula de emplazamiento o documento equivalente, en forma y con tiempo suficiente para oponerse.
5. Que la resolución no sea contraria al orden público español.

56. Respecto a la posibilidad de que una sociedad española, con sede en España, solicitase la sanción de un SoA de refinanciación o reestructuración societaria ante un tribunal inglés, procede preguntarse si en ese caso sería posible oponerse a su reconocimiento, al entender controvertida la competencia del tribunal inglés por resultar contraria al Reglamento 848/2015, en el caso de que el COMI de la sociedad estuviera en España<sup>60</sup>.

## B) Reconocimiento de una transacción judicial

57. Las transacciones judiciales extranjeras que hayan sido reconocidas se ejecutarán en España una vez obtenido el exequátur [artículo 51 LCJI]. Sin embargo, la LCJI silencia el mecanismo de reconocimiento de las transacciones judiciales. Podría interpretarse que deben seguir los mismos trámites previstos para las resoluciones judiciales (artículos 44-49 LCJI), por lo cual podrían invocarse los motivos de denegación del reconocimiento del artículo 46 (1) LCJI, o bien entender que se les aplica un régimen semejante al previsto para los documentos públicos con fuerza ejecutiva (artículos 56 y 57 LCJI), en cuyo caso contra ellos únicamente se podría objetar la falta de ejecutividad en el Estado de origen o su contrariedad con el orden público [artículos 46 (2) y 56 (1) LCJI].

## C) Reconocimiento de un acto de jurisdicción voluntaria

58. Se le aplicarían las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales previstas en la LCJI, por remisión del artículo 12 (1) LJV. Conviene recordar, como ya expusimos, que el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en los casos previstos en el artículo 12 (2) LJV anteriormente indicados.

## IV. Reconocimiento conflictual

59. Algunos autores sostienen que los SoA sancionados por un tribunal inglés que se encuentren sometidos al Derecho inglés se reconocen en España utilizando el mecanismo del denominado *reconocimiento conflictual o material*, conforme al cual el SoA sería reconocido y produciría efectos en España en la medida en que haya sido adoptado por los tribunales del Estado cuya ley sea aplicable a los créditos afectados. Basada en el principio de unidad del régimen normativo, esta tesis encuentra su fundamento en el artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>61</sup>, según el cual la ley aplicable al contrato rige todo lo relativo al cumplimiento de esas obligaciones, las consecuencias de su incumplimiento, los diversos modos de extinción de las obligaciones y las consecuencias de la nulidad del contrato.

60. Conforme a los autores que defienden esta tesis, un SoA que sólo afectara a aquellos créditos sujetos a la Ley inglesa debería gozar del reconocimiento de su eficacia por una autoridad española, pues es difícil concluir que resultase contrario al orden público español<sup>62</sup>. Algunos autores incluso minimizan los riesgos intrínsecos del *Brexit* sobre el reconocimiento extraterritorial del SoA, en particular cuando se refieran a créditos sometidos al Derecho inglés<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> E. TORRALBA MENDIOLA Y Á. CARRASCO, "Schemes of arrangement ingleses para sociedades españolas: una crítica", *loc. Cit.*, pp. 359-362; L. CARBALLO PIÑEIRO, "La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el *Brexit*", *loc. Cit.*, p. 509.

<sup>61</sup> DOUE L 177, de 4.7.2008.

<sup>62</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La eficacia en España de los schemes of arrangement ingleses", *loc. cit.*, p. 397.

<sup>63</sup> J. WINDSOR, "El potencial impacto del *Brexit* en el mercado de las reestructuraciones y la insolvencia", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2019, núm. 31, pp. 387-396, esp. p. 394.

61. No obstante, hemos de advertir las limitaciones de la tesis expuesta. En primer lugar, los mecanismos de reconocimiento y ejecución de la decisión inglesa de sancionar un SoA deben seguir las reglas establecidas para la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras (sean resoluciones, transacciones o actos de jurisdicción voluntaria) que han sido enumeradas en el apartado anterior. El reconocimiento conflictual o material es una técnica de determinación del derecho aplicable que debe ser encuadrada en el ámbito del conflicto de leyes, pero no en el del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras.

62. En segundo lugar, aún en la hipótesis de que debiera ser tenido en cuenta, el principio de unidad del régimen normativo y la aplicación de la *lex contractus* como regla general no opera de manera absoluta, sino que tiene excepciones. El propio Reglamento Roma I prevé el juego de conexiones autónomas o especiales para ciertos aspectos del derecho de crédito, como la posibilidad de someter determinados elementos de la relación entre el acreedor y el deudor a una Ley distinta (artículos 8-18 Reglamento Roma I). Algunos autores incluyen en estas excepciones los supuestos en que se produzca una novación subjetiva del deudor, como sucede en caso de una modificación societaria estructural surgida en el marco de una fusión<sup>64</sup>.

63. En tercer lugar, el artículo 1 (2) (f) Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades relativas a la constitución o disolución de sociedades, así como la responsabilidad personal de los socios con respecto a las obligaciones de la sociedad. Un sector de la doctrina entiende que entre estas exclusiones podría encuadrarse un SoA que plantee una reestructuración societaria<sup>65</sup>, lo cual plantearía un problema para el reconocimiento conflictual de un SoA en los Estados miembros<sup>66</sup>.

64. En cuarto lugar, el deudor podría oponer el SoA a todos aquellos acreedores cuyo crédito esté sometido al Derecho inglés, pero no a aquellos acreedores cuyo crédito estuviese regido por otra ley extranjera, una interpretación que cuenta con precedentes judiciales<sup>67</sup>.

65. Por último, en situación de insolvencia del deudor, la regla *lex fori concursus* se impone a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte [artículo 7.2 (e) del Reglamento 848/2015]. En consecuencia, en una situación de insolvencia habría de tener en cuenta los efectos del proceso concursal sobre los contratos celebrados por el deudor, incluidos los acuerdos preconcursales de refinanciación o reestructuración societaria.

## V. Conclusiones

66. A lo largo de este estudio se ha analizado la posibilidad de reconocer y ejecutar en España un SoA de Derecho inglés sancionado por un tribunal del Reino Unido en el doble escenario de que se haya iniciado antes o después del 31 de diciembre de 2020, fecha en que finaliza el período transitorio para la salida del RU de la Unión Europea. De esta fecha depende el instrumento utilizado para la obtención del reconocimiento, pues si el SoA se ha incoado antes del 1 de enero de 2021 podrán aplicarse los Reglamentos comunitarios; en caso contrario, se impone la aplicación del régimen autónomo español.

67. En todo caso, el reconocimiento del SoA está condicionado a la previa calificación del supuesto de hecho objeto de estudio aplicando las técnicas metodológicas propias del Derecho inter-

<sup>64</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La eficacia en España de los schemes of arrangement ingleses”, *loc. Cit.*, p. 392.

<sup>65</sup> J. MARSHALL, J. FERGUSON Y L. ACONLEY, “Brexit: what next for cross-border restructurings and insolvencies?”, *loc. Cit.*, p. 151; R. SHELDON (ED.), *Cross Border Insolvency*, Bloomsbury, Londres, 2015, p. 507.

<sup>66</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, “Brexit and International Insolvency Beyond the Realm of Mutual Trust”, *International Insolvency Review*, 2017, vol. 26, núm. 3, pp. 270-294, p. 293, disponible en <[doi.org/10.1002/iir.1283](https://doi.org/10.1002/iir.1283)>

<sup>67</sup> Sentencia del Oberlandgericht de Celle de 8.9.2009, *Equitable Life*, OLG Celle 8 U46/09. El juez alemán consideró que un SoA inglés relativo a créditos sometidos al Derecho alemán resultaba contrario al orden público alemán.

nacional privado de los Estados miembros. Desde la óptica del sistema español, en este estudio hemos calificado la *court's order* sancionando un SoA desde una doble perspectiva: respecto de la naturaleza jurídica material de la institución como una cuestión de derecho civil y comercial, concursal o societaria; por otro lado, desde la perspectiva procesal, respecto de la consideración de la *court's order* como una resolución judicial, una transacción judicial o un acto de jurisdicción voluntaria.

**68.** La combinación de ambas calificaciones condiciona la técnica y la metodología jurídica a emplear para el reconocimiento y ejecución del SoA, dibujando una variedad de soluciones que auguran un escenario de cierta complejidad en el futuro inmediato en espera de que la jurisprudencia alumbre el camino en la era post-Brexit.

# LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESTITUCIÓN DE MENORES: ANÁLISIS DEL REGLAMENTO (UE) 2019/1111 EN CONEXIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

## PROVISIONAL AND PROTECTIVE MEASURES IN CHILD RETURN PROCEDURES: ANALYSIS OF REGULATION (EU) 2019/1111 IN CONNECTION WITH THE SPANISH LEGAL SYSTEM

ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS  
*Investigador Predoctoral*  
*Universidad de Sevilla*

Recibido: 15.12.2020 / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5953>

**Resumen:** El presente artículo abarca el régimen de medidas provisionales, incluidas las cautelares en los procedimientos de restitución de menores con arreglo al nuevo régimen del Reglamento 2019/1111. Comenzando por el análisis de su artículo 15, nos centramos en su aplicación en dos momentos procesales a resultas de un traslado o retención ilícitos: el mantenimiento del contacto con el progenitor custodio durante el procedimiento y las medidas de protección contra cualquier grave riesgo en caso de devolución al Estado de residencia habitual. Se aprovecha la ocasión para evaluar la articulación de las reformas europeas con la legislación española. Finalmente, tomamos en consideración la existencia de medidas preventivas en el Derecho convencional, europeo y nacional para evitar la sustracción internacional de menores.

**Palabras clave:** sustracción internacional de menores, Reglamento 2019/1111, Convenio de La Haya de 1980, medidas provisionales y cautelares, medidas preventivas.

**Abstract:** The present article encompasses the study of provisional, including protective measures in children return procedures according to the new Regulation (EU) 2019/1111 regime. Beginning with the analysis of its article 15, we focus on its application in two procedural moments as a result of an illegal removal or retention: the maintenance of contact with the custodial parent, and protective measures against any grave risk in case of return to the State of habitual residence. The occasion is seized to evaluate the linkage of European recasts with the Spanish legislation. Finally, we take into consideration the existence of preventive measures in conventional, European and national Law in order to avoid international child abduction.

**Keywords:** international child abduction, Regulation 2019/1111, 1980 Hague Convention, provisional and protective measures, preventive measures.

**Sumario:** I. Introducción. 1. El proceso de reforma del R. 2019/1111: en especial, su incidencia en los procedimientos de restitución de menores. 2. La relación entre el CH 80 y el R. 2019/1111. 3. Contextualización normativa del objeto de estudio: el régimen de medidas provisionales, incluidas las cautelares en los procedimientos de restitución de menores. II. La reforma del R. 2019/1111 en relación al régimen general de adopción de medidas provisionales, incluidas las cautelares: el artí-

culo 15 R. 2019/1111. 1. Los requisitos para su adopción en defecto de competencia sobre el fondo del asunto. 2. La comunicación entre órganos jurisdiccionales y Autoridades Centrales. 3. La nueva ubicación del art. 15 R. 2019/1111 y sus repercusiones: en especial, el tránsito de la eficacia extraterritorial general de la Propuesta a la excepcional del nuevo Reglamento. III. Las medidas provisionales, incluidas cautelares en el procedimiento de restitución de menores. 1. Medidas durante el procedimiento: en especial, el contacto del menor con el progenitor (art. 27.2 R. 2019/1111). 2. Medidas en caso de dictarse la restitución del menor (art. 27.5 R. 2019/1111). IV. ¿Existen medidas preventivas de la sustracción internacional de menores? 1. Recomendaciones para la prevención de la sustracción internacional de menores a nivel convencional. 2. La prevención de la sustracción internacional de menores en la Unión Europea. 3. Las medidas preventivas en la legislación española. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La entrada en vigor del *Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*<sup>1</sup> (en adelante, R. 2019/1111), nos invita, hasta su efectiva aplicación, a examinar cómo responde esta nueva norma europea a los problemas jurídicos que habían puesto de manifiesto tanto la doctrina como la jurisprudencia a raíz de la aplicación de su antecesor, el *Reglamento (CE) 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>2</sup> (en adelante, R. 2201/2003).

2. Observando simplemente las diferencias de extensión entre el futuro Reglamento y el aún vigente –pasando de 33 a 98 Considerandos, de 72 a 105 artículos y de 6 a 10 Anexos– cabe prever que dicho esfuerzo analítico será complejo y, de hecho, está dando lugar ya a abundantes trabajos divulgativos y académicos. Lo ideal para su comprensión sería una tarea de análisis particular de los diferentes cambios en profundidad para, finalmente, contribuir a un entendimiento holístico del R. 2019/1111. Con tal propósito, el objetivo del presente trabajo es analizar un aspecto concreto: las medidas provisionales, incluidas las cautelares.

3. La Reforma ha incidido especialmente sobre los procedimientos de restitución de menores, complementando al *Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*<sup>3</sup> (en adelante, CH 80). Entre las normas que el legislador europeo anexa al procedimiento convencional, se incluye un régimen especial dedicado a estas medidas, que será objeto de nuestro estudio. Del mismo modo, nos proponemos evaluar si la normativa procesal española vigente se alinea con las nuevas reglas europeas en la materia. Por último, ofreceremos una reflexión en torno a la existencia de medidas preventivas contra la sustracción internacional de menores.

4. Pero, como veníamos diciendo, la llegada del R. 2019/1111, tras más de diez años de aplicación del aún vigente R. 2201/2003, nos exige una previa presentación a través de un breve examen del proceso legislativo del cual la nueva norma es resultado, así como una contextualización normativa del objeto de nuestro estudio.

<sup>1</sup> DOUE L 178 de 2 de julio de 2019.

<sup>2</sup> DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003.

<sup>3</sup> BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987. El pasado 25 de octubre de 2020, el Convenio cumplió su cuadragésimo aniversario, y con ocasión de ello, se han publicado dos estudios que hacen balance de la aplicación de este instrumento internacional y de las necesidades pendientes de abordar. *Vid.* A. DE RUITER. “40 years of The Hague Convention on child abduction: legal and societal changes in the rights of a child” PE 660. 559 recuperado de: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL\\_IDA\(2020\)660559](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_IDA(2020)660559); M. FREEMAN. “The Child Perspective in the Context of the 1980 Hague Convention”. Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies. PE 659.819 -October 2020, recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL\\_IDA\(2020\)659819\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA(2020)659819_EN.pdf)

## 1. El proceso de reforma del R. 2019/1111: en especial, su incidencia en los procedimientos de restitución de menores

5. Lo primero que cabe decir es que la propuesta de mejora que ha dado lugar al R. 2019/1111 sucede en el tiempo a una Propuesta anterior, de 17 de julio de 2006<sup>4</sup>, que incidía sobre cuestiones de competencia y ley aplicable al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial. Se trató de un primer intento de reforma del R. 2201/2003 que no tuvo éxito, por la falta de unanimidad requerida en los asuntos de Derecho de Familia, si bien es cierto que, posteriormente, las cuestiones de ley aplicable fueron objeto de tratamiento en el Reglamento 1259/2010 (conocido como Roma III), dentro del marco de la cooperación reforzada. No interesa detenerse mucho más en esta iniciativa, pues no se abarcaron medidas de reforma más allá de los aspectos matrimoniales.

6. El 17 de abril de 2014 la Comisión publica un Informe sobre la aplicación del R. 2201/2003<sup>5</sup>. En él, propuso revisar sus normas, ante la existencia de aspectos controvertidos en su aplicación. En relación con el procedimiento de restitución de menores, se denunciaba el incumplimiento del plazo de seis semanas de duración establecido por el CH 80 para llegar a una resolución sobre la devolución o no del menor. También se planteó la posibilidad de mejorar las normas del Reglamento mediante la incorporación de la doctrina del TJUE y el desarrollo de *estándares mínimos* sobre la audiencia al menor, ante el tratamiento tan heterogéneo de esta garantía en los Estados Miembros.

7. El proceso de reforma siguió con la publicación de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*<sup>6</sup>, que introduce el Capítulo III, sobre el proceso de retorno de menores, y la Sección 4ª del Capítulo IV, que hace extensibles las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución a las resoluciones sobre restitución y a sus medidas cautelares. Además, se modifican e incluyen varios Considerandos de apoyo interpretativo.

8. Junto a la Propuesta de Reforma, se presenta el Informe de Evaluación de Impacto de 30 de junio de 2016<sup>7</sup>, donde se ofrece una valoración de las diversas líneas de actuación planteadas para mejorar el R. 2201/2003. En resumidas cuentas, se abogaba por mantener el régimen vigente para crisis matrimoniales, y se proponían cambios normativos concernientes a la responsabilidad parental, la eficacia extraterritorial de resoluciones y la cooperación de autoridades<sup>8</sup>.

9. El campo de mayor atención fue la sustracción internacional de menores. En opinión de la Comisión, resultaba necesario adoptar varias medidas para mejorar la eficiencia y rapidez del procedimiento de retorno entre Estados Miembros. Esas medidas incluían: a) la concentración jurisdiccional; b) la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares dictadas por las autoridades del Estado de retención; c) la concreción separada de los plazos procedimentales en primera y segunda instancia, e igualmente, para las Autoridades Centrales; d) la limitación a uno solo de recursos contra las decisiones sobre el retorno; y e) la posibilidad de ejecución provisional<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> COMISIÓN EUROPEA. "Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia". Bruselas, 17.7.2006 COM(2006) 399 final - 2006/0135 (CNS).

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA. "Informe de 15 de abril de 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000" COM(2014) 225 final.

<sup>6</sup> COM/2016/0411 final - 2016/0190 (CNS).

<sup>7</sup> COMISIÓN EUROPEA. "Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document 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)". SWD/2016/0207 final - 2016/0190 (CNS).

<sup>8</sup> *Vid. ibid.* pp. 78-79, para un resumen de las propuestas de actuación para reformar el R. 2201/2003.

<sup>9</sup> *Vid. ibid.*, p. 79.

10. La Propuesta de la Comisión recibe el beneplácito del Consejo Económico y Social Europeo en su Dictamen de 21 de abril de 2017<sup>10</sup>. Posteriormente, el Parlamento Europeo en su Resolución legislativa de 18 de enero de 2018 planteó algunas interesantes enmiendas relacionadas, directa o indirectamente, con el procedimiento de restitución, tales como la previsión de la circunstancia de violencia de género o el amplio desarrollo que se propuso sobre el art. 20 de la Propuesta (aplicable por remisión del artículo 24), a fin de garantizar unas mínimas normas comunes de garantía de la posibilidad del menor de ser escuchado<sup>11</sup>.

11. En el Consejo Europeo, la Propuesta de la Comisión fue objeto de debates que centraron su interés en cuestiones como la audiencia al menor, las medidas provisionales y cautelares, el papel y la financiación de las Autoridades Centrales, el acogimiento del menor o la supresión del exequátur. Resultado de ello, se aprueban unas Orientaciones Generales el 3 de diciembre de 2018<sup>12</sup>, donde el Consejo da cuenta de aquellos debates, presenta sus conclusiones y propone varias modificaciones, supresiones y añadidos al texto legislativo de la Propuesta presentada en 2016.

12. Estas modificaciones son aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de marzo de 2019<sup>13</sup>, y tras ciertas revisiones puntuales, finalmente, el Consejo adopta una versión definitiva de su refundición el 24 de junio de 2019<sup>14</sup> (el actual R. 2019/1111), que es aprobada por unanimidad el 25 de junio de 2019<sup>15</sup>. Este nuevo Reglamento comenzará a aplicarse de forma efectiva a partir del 1 de agosto de 2022.

## 2. La relación entre el CH 80 y el R. 2019/1111: más allá de lo procedimental

13. El R. 2019/1111, como viene siendo habitual en otros Reglamentos europeos, destina algunas disposiciones finales a concretar la relación con otros instrumentos cuyos ámbitos de aplicación coinciden, para disipar dudas en caso de solapamiento. Entre esas disposiciones, el art. 96 R. 2019/1111 consagra la relación de complementariedad entre el Reglamento y el Convenio. Esta complementariedad es reiterada en el art. 1.3 R. 2019/1111, y se observa que ambos artículos corrigen cierto punto de imprecisión del que adolecía el art. 60.e) R. 2201/2003, que enunciaba la relación entre ambos textos internacionales como de simple prevalencia del Reglamento frente al Convenio. Del nuevo texto se concluye que los Estados Miembros aplican de base el CH 80, pero complementado principalmente con las normas de los Capítulos III y IV.

<sup>10</sup> COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, COM (2016) 411 final — 2016/019 (CNS)] (2017/C 125/06), DOUE núm. C 125/46 de 21 de abril de 2017. El CESE realizó una valoración positiva de las medidas de mejora del Reglamento, pero planteó la necesidad de prever soluciones en caso para situaciones vinculadas con terceros Estados.

<sup>11</sup> PARLAMENTO EUROPEO. Resolución legislativa de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS))”. En especial, *vid.* Enmiendas 11, 12, 13, y 44.

<sup>12</sup> CONSEJO EUROPEO. “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”. ST 14784 2018 INIT.

<sup>13</sup> PARLAMENTO EUROPEO. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (15401/2018 – C8-0023/2019 – 2016/0190(CNS)). TA/2019/0206.

<sup>14</sup> CONSEJO EUROPEO. “Reglamento de Ejecución relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores”. ST 8214 2019 REV 3.

<sup>15</sup> CONSEJO EUROPEO. “Resultado de la votación. Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición). Adopción del acto legislativo Sesión n.º 3703 del Consejo la Unión Europea (Transporte, Telecomunicaciones y Energía) Luxemburgo, 25 de junio de 2019”. ST 10650 2019 INIT.

14. Más concretamente, el núcleo de la interacción entre el CH 80 y el R. 2019/1111 se concentra en el Capítulo III R. 2019/1111, que aúna en su articulado todas aquellas reglas que se anexan al procedimiento prefigurado en el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores. Es de elogiar que estas reglas se hayan ubicado en un Capítulo autónomo en el nuevo Reglamento, frente a la incómoda posición del anterior art. 11 R. 2201/2003, situado entre las normas de competencia judicial internacional sin tener tal carta de naturaleza.

15. Este nuevo Capítulo consagra algunas novedades, tales como la tramitación urgente de las solicitudes de retorno por las Autoridades centrales (art. 23 R. 2019/1111); la ampliación a seis semanas por cada instancia para pronunciarse sobre la restitución (art. 24 R. 2019/1111); el uso de la mediación como forma de solventar la sustracción ilícita, entre otros mecanismos alternativos (art. 25 R. 2019/1111); la aplicación del artículo 21 sobre el derecho del menor a ser oído (art. 26 R. 2019/1111); las previsiones sobre medidas cautelares durante y después del procedimiento de restitución, que analizaremos en este trabajo (art. 27. 2 y 5 R. 2019/1111); la aclaración sobre la carga de la prueba de la adopción de medidas contra el grave peligro para el menor en la persona que solicita el retorno (art. 27.3 R. 2019/1111); y la comunicación directa entre órganos jurisdiccionales y Autoridades Centrales a tal efecto (art. 27.4 R. 2019/1111).

16. Se mantienen, por otro lado, algunas medidas como la audiencia del progenitor que solicita el retorno del menor (art. 27.1 R. 2019/1111) o las disposiciones relativas al mecanismo de prevalencia, que permite revocar un inicial pronunciamiento denegatorio del retorno del menor con una resolución posterior en materia de custodia que, dictada por las autoridades del Estado de origen, implique la devolución del menor al Estado de su residencia habitual (art. 29 R. 2019/1111).

17. Dicho todo lo anterior, hay que advertir que la relación va más allá de lo puramente procedimental, e incide sobre otras cuestiones de Derecho Internacional Privado. En concreto, se mantiene la regla especial de competencia judicial internacional que preserva para los jueces y tribunales del Estado Miembro de origen el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad parental en caso de sustracción ilícita (art. 9 R. 2019/1111)<sup>16</sup>, y que se corresponde, *a contrario sensu*, con la prohibición de que los órganos jurisdiccionales del Estado de retención resuelvan sobre el fondo del asunto, prevista en el art. 16 CH 80. Además, como novedad, se permite extender las reglas de la *prorogatio fori* del art. 10 R. 2019/1111 también a los casos de sustracción internacional de menores, lo que, junto con la mediación, refuerza la apuesta por una solución pacífica de los conflictos dentro del propio ámbito familiar.

18. La mención al Capítulo IV suple el silencio del CH 80 respecto a la eficacia transfronteriza de las resoluciones dictadas en los procesos de restitución. Finalmente, y como se establece en el art. 22 R. 2019/1111, también será de aplicación el Capítulo VI, que recoge “*Disposiciones Generales*” para las solicitudes que se emitan en aplicación del Reglamento, incluidas entre ellas, las de restitución de menores (art. 85 R. 2019/1111). Entre las cuestiones que regula este Capítulo VI, destaca como novedad la posibilidad de cooperación y comunicación directas entre órganos jurisdiccionales, extensible a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, del art. 15 y al Capítulo III sobre el procedimiento de restitución (Art. 86 R. 2019/1111, en especial apartado 2, subapartados b) y d)).

19. Todas estas relaciones se explican en varios Considerandos. En concreto, el Considerando 16 R. 2019/1111 se refiere a la relación con las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución, y en especial, a la aplicación del Capítulo IV a las resoluciones de restitución de menores como alternativa a otro proceso de restitución “*como consecuencia de una nueva sustracción ocurrida tras haberse ordenado la restitución, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento de restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980*”. El Considerando 40 R. 2019/1111 indica que “*en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora, y con tal fin debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya*

<sup>16</sup> Esta regla ya se preveía anteriormente en el art. 10 R. 2201/2003.

de 1980, completado por el presente Reglamento, en particular el Capítulo III<sup>17</sup>. Y el Considerando 73 R. 2019/1111, excluye la aplicación del Capítulo V, sobre cooperación de Autoridades en materia de responsabilidad parental, al mismo tiempo que reitera la interacción entre el CH 80 con el régimen de sustracción internacional de menores del Reglamento, de reconocimiento y ejecución, y con el Capítulo VI, sobre disposiciones generales.

### 3. Contextualización normativa del objeto de estudio: el régimen de medidas provisionales, incluidas las cautelares en los procedimientos de restitución de menores.

20. Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, son muy numerosos los considerandos y artículos que, de una forma u otra, se refieren a la sustracción internacional de menores en el R. 2019/1111. Nuestro objetivo no es abarcar todos ellos, sino centrarnos en las reformas acaecidas en relación con las medidas provisionales, incluidas las cautelares. Por eso, antes de abordar su estudio, debemos concretar qué preceptos han de conformar nuestro análisis.

21. Por una parte, poco nos explica el CH 80 sobre este tipo de medidas. Su artículo 7.b) contempla el deber de las Autoridades Centrales de adoptar o hacer que se adopten medidas provisionales, para prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas. Más allá de esta previsión, la atención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha centrado en recomendar a los Estados Parte que establezcan líneas de acción en orden a evitar que la sustracción del menor llegue a producirse, y para ello ha elaborado una Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas Preventivas, que recoge algunas directrices de *soft law* a tal efecto<sup>17</sup>. Pero dejando a un lado el enfoque preventivo, que será analizado en un epígrafe posterior<sup>18</sup>, es importante establecer un régimen concreto sobre medidas provisionales y cautelares una vez se produce el traslado o retención ilícitos, porque la trágica realidad es que se producen, por mucho que quieran prevenirse.

22. Frente al escaso pronunciamiento del Convenio, sí contamos en el nuevo Reglamento con un régimen más concreto. Como cuestión procedimental que es, nos circunscribimos en principio al Capítulo III R. 2019/1111. En él, existen dos preceptos que se refieren a la adopción de medidas provisionales, incluidas las cautelares, en caso de producirse una sustracción ilícita. En primer lugar, el apartado segundo del art. 27 R. 2019/1111 hace referencia a la posibilidad de garantizar durante el procedimiento de restitución el contacto entre el menor y la persona que solicita la restitución. Y en segundo lugar, el apartado quinto del mencionado artículo regula la adopción de estas medidas una vez se decide que el menor ha de ser devuelto “*a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución*”.

23. Ambos apartados se refieren al art. 15 R. 2019/1111, un precepto que se encuentra en la Sección Segunda del Capítulo II del nuevo Reglamento, que recoge las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Ello quiere decir que las medidas provisionales, incluidas las cautelares, deben ser estudiadas también desde la óptica de la competencia judicial internacional, y tendremos que tomar aquel precepto a modo de punto de partida de nuestro análisis, dado que sus innovaciones serán aplicables, por remisión, a las medidas dictadas en los procedimientos de restitución de menores. Dicho art. 15 R. 2019/1111 incorpora, además, previsiones acerca de la comunicación entre órganos jurisdiccionales, directamente o a través de las Autoridades Centrales, que serán igualmente comentadas.

<sup>17</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte – Medidas de prevención”, recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/04e14dc3-14a7-4d40-965b-1655124489b0.pdf>.

<sup>18</sup> *Vid. infra*, Epígrafe IV.

24. Del mismo modo, hay que percatarse de que una de las novedades del R. 2019/1111 es la extensión del régimen jurídico de reconocimiento y ejecución de resoluciones no solamente a las decisiones sobre restitución del menor, sino también a las medidas provisionales y cautelares que la acompañen (art. 2.1.b) R. 2019/1111), lo que nos conecta con las especificidades que, sobre la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares, contengan las normas del Capítulo IV.

25. En definitiva, nos encontramos ante un régimen que, pese a ser muy específico, se caracteriza por su transversalidad en el Reglamento. Esto implica que, si bien nuestra atención se centrará en los apartados segundo y quinto del art. 27 R. 2019/1111, inevitablemente, habremos de conectar su análisis con cuestiones de competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones, y de cooperación entre autoridades centrales y judiciales.

26. Todo ello será expuesto en los siguientes epígrafes, sin olvidar que tenemos la atención puesta en el ordenamiento jurídico español, y en especial, en el régimen jurídico que la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>19</sup> (en adelante, LEC) contiene en los arts. 778 *quáter* a *sexies* sobre los procedimientos de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional, incorporado en el año 2015<sup>20</sup>. En ese mismo año, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO publicó su *Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, que aclara muchos aspectos sobre los procesos de restitución en España<sup>21</sup>.

## II. La reforma del R. 2019/1111 en relación al régimen general de adopción de medidas provisionales, incluidas las cautelares: el artículo 15 R. 2019/1111

### 1. Los requisitos para su adopción en defecto de competencia sobre el fondo del asunto

27. Como veníamos indicando, un aspecto especialmente relevante de la reforma se produce en torno al papel de las medidas provisionales y cautelares del art. 15 R. 2019/1111, el cual comparte ciertos rasgos comunes con el art. 20 R. 2201/2003, si bien incorpora algunos matices que ha ido esclareciendo la jurisprudencia del TJUE.

28. La competencia para dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, puede corresponder al órgano jurisdiccional que conozca del fondo del asunto, que será determinado por las normas de competencia judicial internacional sin mayor problema. Pero también puede dictar dichas medidas un órgano jurisdiccional distinto del materialmente competente de forma excepcional y condicionada a una serie de requisitos<sup>22</sup> que deben concurrir acumulativamente, según la STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A<sup>23</sup>.

29. En primer lugar, se requiere la *urgencia* en la necesidad de su adopción<sup>24</sup>. Según el TJUE, tal exigencia debe valorarse según la situación del menor, su evolución, la eficacia o la imposibilidad

<sup>19</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>20</sup> El procedimiento de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional fue incorporado a la LEC en virtud de la Disposición final tercera, apartados 11 a 13, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015.

<sup>21</sup> El texto completo de la Circular puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://www.fiscal.es/documents/20142/79c1a677-8c8f-bd7f-304a-0afac6aeeb25>.

<sup>22</sup> Al respecto *vid.* I. PRETELLI. “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 20 (2018/2019), pp. 128-129; A. BERNARDO SAN JOSÉ. “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), Vol. 12, Núm. 2, p. 1283.

<sup>23</sup> ECLI:EU:C:2009:225, p. 47.

<sup>24</sup> I. PRETELLI. “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *op. cit.*, pp. 132-134; U. MAGNUS, y P. MANKOWSKI. *European commentaries on Private International Law. Brussels II bis Regulation*. Otto Schmidt, Köln, 2017, p. 278.

de accionar ante el tribunal competente sobre el fondo del asunto<sup>25</sup>. Además, y ligado a la sustracción internacional de menores, el TJUE ha negado que la integración del menor en un nuevo entorno, originada por un traslado ilícito, cumpla con el requisito de urgencia, de modo que permita modificar una resolución provisional del tribunal competente sobre la custodia mediante una medida cautelar dictada por las autoridades del Estado Miembro de retención del menor<sup>26</sup>.

**30.** Dichas aclaraciones sobre cómo ha de valorarse la situación de urgencia no se han incorporado en el art. 15 R. 2019/1111, ni tampoco en sus Considerandos. En los procedimientos de restitución, la urgencia se relacionaría con el grave riesgo de un peligro físico o psíquico para el menor, ya que el art. 27.5 R. 2019/1111 permite, en caso de devolución del menor, la adopción de medidas para evitar que el menor se exponga a ese riesgo. El Considerando 76 R. 2019/1111 también sugiere esta relación cuando ejemplifica, como situación de urgencia, “*una solicitud directa a la autoridad competente de otro Estado miembro para que examine la necesidad de adoptar medidas para la protección del menor cuando se considere que está en riesgo inminente*”. Por su parte, el Considerando 79 R. 2019/1111 alude al deber de las Autoridades Centrales de garantizar la cooperación y comunicación directas entre los órganos jurisdiccionales “*en particular para la aplicación de (...) las normas sobre medidas provisionales, incluidas las cautelares en casos de urgencia, concretamente en relación con la sustracción internacional de menores y con objeto de proteger al menor del grave riesgo a que se refiere el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980*”.

**31.** La segunda característica es la *presencia del menor y/o sus bienes en el Estado miembro* donde se va a adoptar la medida. Retomando la STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *A*, esa presencia no ha de corresponderse necesariamente con la residencia habitual, sino con la coincidencia espacial en el mismo Estado Miembro entre el sujeto y el peligro que justifica la necesidad de adoptar la medida<sup>27</sup>. El nuevo Reglamento ha cambiado, respecto al anterior, la genérica denominación de “personas” por la de “menor”, lo cual soluciona, en opinión de E. RODRÍGUEZ PINEAU<sup>28</sup>, el criticado razonamiento del TJUE que consideraba, respecto de una medida de custodia provisional, que tanto el menor como sus progenitores debían estar presentes en el Estado Miembro donde esa medida fuera a dictarse<sup>29</sup>.

**32.** La tercera y última característica es la *provisionalidad* de la medida. El carácter provisional no se traduce en una duración temporal concreta, sino que de la letra del art. 15 R. 2019/1111 se deduce, como de su antecesor, que el límite máximo de perdurabilidad se corresponde con el momento en que

---

<sup>25</sup> STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *A*, (ECLI:EU:C:2009:225), p. 60; STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, *Detiček* (ECLI:EU:C:2009:810), p. 42 y STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker* (ECLI:EU:C:2010:437), p. 94. Según A. BERNARDO SAN JOSÉ. “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *op. cit.*, p. 1284, bajo la interpretación de urgencia dada por el TJUE, sólo caben medidas cautelares con carácter previo a la interposición de la demanda. Cabe discrepar de esta afirmación toda vez que el artículo 27.2 R. 2019/1111 permite adoptar, conforme al art. 15, medidas provisionales de contacto con el menor “*en cualquier fase del procedimiento*” que decide sobre la restitución del menor, e igualmente, conforme al art. 27.5 R. 2019/1111, se permitiría dictar medidas una vez se ha decidido devolver al menor, es decir, una vez dictada la resolución judicial.

<sup>26</sup> STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, *Detiček* (ECLI:EU:C:2009:810), p. 47-49.

<sup>27</sup> Como se indica en la STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *A*, (ECLI:EU:C:2009:225), p. 48: “*Dichas medidas son aplicables a los menores que teniendo su residencia habitual en un Estado miembro residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado miembro y se encuentran en una situación que puede perjudicar gravemente a su bienestar, incluida su salud, o su desarrollo, por lo que está justificada la adopción inmediata de medidas de protección...*”, en el mismo sentido, *vid.* Conclusiones de la Abogada General, Sra. JULIANE KOKKOT, presentadas el 29 de enero de 2009, asunto C-523/07, *A*, ECLI:EU:C:2009:39, p. 57.

<sup>28</sup> *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: De nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *REDI*, vol. 69/1, enero-junio 2017, p. 162.

<sup>29</sup> STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, *Detiček* (ECLI:EU:C:2009:810), p. 50-52. Entre las voces críticas, *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO. “Medidas cautelares y sustracciones de menores”, *Diario La Ley*, Núm. 7601, Sección Tribuna, 31 de marzo de 2011, Año XXXII, p. 8, y T. KRUGER Y L. SAMYN. “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 148-149.

el órgano competente sobre el fondo se pronuncie, estableciendo las medidas que estime pertinentes. Como apuntaba la Abogada General, Sra. JULIANE KOKKOT, en sus Conclusiones al asunto C-523/07: “... Si el órgano jurisdiccional que adoptó la medida provisional no impuso ningún plazo de duración ni derogó la misma, la medida seguirá vigente hasta que intervenga el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto, según el artículo 20, apartado 2 del Reglamento”<sup>30</sup> (referencia que deberemos entender hecha al nuevo apartado 15.2 R. 2019/1111 a partir del 1 de agosto de 2022).

**33.** Existía cierto debate doctrinal acerca de si el contenido de las medidas provisionales y cautelares debe comprenderse dentro del ámbito material del Reglamento o no. El art. 15 R. 2019/1111 no recoge expresamente una respuesta a esta cuestión, sólo se remite al Derecho de cada Estado miembro para concretarlas<sup>31</sup>. Muchos autores, reflexionando sobre los instrumentos europeos precedentes, han sostenido que sí<sup>32</sup>, entre otras razones, dado que algunas materias matrimoniales o parentales excluidas del antiguo R. 2201/2003, cuentan con su propio Reglamento, al que podrá acudir para esta cuestión<sup>33</sup>. En el nuevo Reglamento, la extensión de las medidas provisionales, incluidas las cautelares, a la cuestión de las sustracciones internacionales de menores es pacífica, como evidencia la remisión al art. 15 de los apartados 2 y 5 del art. 27 R. 2019/1111 con ocasión de los procedimientos de restitución. Apoya esta idea la mencionada extensión de la noción de “materia civil” que enuncia el Considerando 5 R. 2019/1111 a los actos procesales relativos al procedimiento de restitución de menores<sup>34</sup>.

**34.** Consecuentemente, la competencia de la autoridad que dicte la medida debe abarcar dichas materias del art. 1 R. 2019/1111<sup>35</sup>. El TJUE ha entendido comprendidas en el ámbito del R. 2201/2003 las medidas civiles dictadas por autoridades administrativas en régimen de Derecho Público<sup>36</sup>. Además,

<sup>30</sup> Conclusiones de la Abogada General, Sra. JULIANE KOKKOT, *op. cit.*, p. 60; STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A, (ECLI:EU:C:2009:225), p. 48.

<sup>31</sup> Remisión confirmada por la jurisprudencia, *vid.* STJCE de 2 de abril de 2009, C-523/07, A (ECLI:EU:C:2009:225), p. 65.

<sup>32</sup> Así lo indican U. MAGNUS, y P. MANKOWSKI. *European commentaries on Private International Law. Brussels II bis Regulation*, *op. cit.*, 2017, pp. 274-275, M. ŽUPAN, S. LEDIĆ y M. DRVENTIĆ. “Provisional Measures and Child Abduction Proceedings”, *Pravni Vjesnik*, God. 35 Br. 1, 2019, p. 14. La tesis de la circunscripción de las medidas cautelares al ámbito de aplicación de los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003 también es apoyada por H. SOLETO. *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 216-217; R. ARENAS GARCÍA. *Crisis Matrimoniales Internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Servicio de Publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 175-177. No obstante, podemos encontrar una opinión contraria por parte de F.-J. FORCADA MIRANDA. *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*, Sepin, Madrid, 2020, pp. 150-151.

<sup>33</sup> Por ejemplo, para los alimentos, se acudiría a los arts. 18 y 36 del Reglamento (CE) 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, L 7, de 10 de enero de 2009); en materia de régimen económico matrimonial, también regula esta cuestión el art. 19 del 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, L 183, de 8 de julio de 2016). En cuestiones sucesorias que pudieran atener al menor, habríamos de remitirnos al art. 19 del Reglamento (UE) núm. 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, de 27 de julio de 2012). Igualmente, contamos con el Reglamento (UE) núm. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181, de 29 de junio de 2013), que regula la eficacia extrafronteriza de las medidas protectoras no comprendidas en el ámbito de aplicación del R. 2201/2003, como indica su art. 1.3.

<sup>34</sup> El Considerando 5 R. 2019/1111 afirma: “El presente Reglamento se aplica en «materia civil», (...) la noción de «materia civil» debe abarcar las demandas, medidas o resoluciones, así como los documentos públicos y determinados acuerdos extrajudiciales referentes a la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y conforme al artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980, no sean procedimientos sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental, pero estén estrechamente relacionadas con esa cuestión y sean objeto de determinadas disposiciones del presente Reglamento”.

<sup>35</sup> *vid.* DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (COMISIÓN EUROPEA). “Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis”, recuperado de: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed>, p. 23.

<sup>36</sup> Como muestra la STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A (ECLI:EU:C:2009:225), p. 28-29, donde se puso de manifiesto que una medida de guarda y acogimiento de menores dictada por una autoridad finlandesa conforme al Derecho

nuestra jurisprudencia menor también ha indicado que la competencia para dictar medidas cautelares al amparo del R. 2019/1111 se ciñe a la jurisdicción civil, y no a la penal<sup>37</sup>.

**35.** Nuestra legislación nacional es consecuente con los requisitos para las medidas provisionales, incluidas las cautelares, anteriormente analizados. El condicionante de la urgencia es compartido por nuestra legislación española, que exige justificar el denominado “*periculum in mora*” (728.1 LEC)<sup>38</sup>, esto es, el riesgo que comporta no adoptar la medida de forma urgente. Si tomamos por base el procedimiento de restitución del menor, la LEC es bastante flexible sobre el momento de adoptar la medida cautelar (art. 778 quáter. 8 LEC, párrafo primero), lo que ampara la idea de que la urgencia pueda resultar sobrevenida: la LEC se fija, sobre todo, en el supuesto de incomparecencia del menor por rebeldía del sustractor (art. 778. quinquies. 5 LEC, párrafo segundo)<sup>39</sup>.

**36.** También son requisitos generales para la adopción de medidas cautelares en nuestra legislación la apariencia de buen derecho (art. 728.2 LEC) y la prestación de caución (art. 728.3 LEC). Siguiendo a M. LÓPEZ JARA, la apariencia de buen derecho se satisfaría por el progenitor demandante dando indicios de la residencia habitual del menor en el Estado de origen y de su facultad de decidir sobre aquélla<sup>40</sup>. La jurisprudencia europea ha proporcionado valiosas aclaraciones sobre elementos indiciarios denotativos de la residencia habitual del menor<sup>41</sup>, bien acogidas por la jurisprudencia española, que toma, entre otros criterios aclaratorios, elementos como la escolarización del menor en el Estado Miembro, su inscripción en el sistema sanitario o la relación laboral del progenitor en el Estado Miembro. En lo que respecta a la capacidad para decidir sobre la residencia del menor, basta que el progenitor demuestre la titularidad jurídica de su custodia para que, apriorísticamente, se presuma su ejercicio efectivo hasta el momento del traslado o retención ilícitos, y con ello, necesariamente, se demuestra su capacidad para determinar dónde vive el menor<sup>42</sup>. El requisito de la caución queda dispensado, de

---

Público se encuentra comprendida entre las materias civiles contempladas en el Reglamento. *Vid.* I. PRETELLI. “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *op. cit.* p. 136.

<sup>37</sup> Nos referimos al AAP Granada (Sección 2ª) núm. 513/2019, de 12 de agosto (ECLI:ES:APGR:2019:1092A), un pronunciamiento llamativo porque razona sobre el R. 2019/1111 sin hacer referencia al R. 2201/2003, que es el que, a fecha de la resolución, todavía se aplica. En su fundamento jurídico segundo, puede leerse: “...*la prevención que el Reglamento hace en su artículo 15 estableciendo en los casos de urgencia la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para adoptar medidas provisionales y cautelares sobre menores presentes en su territorio, aunque no la tengan para conocer del fondo del asunto por corresponderle a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, con posterior remisión de la Causa a la Jurisdicción del Estado competente, ha de entenderse referida a la Jurisdicción Civil, no a la Penal como erróneamente interpreta el recurso*”.

<sup>38</sup> Al respecto *vid.* S. CALAZA LÓPEZ. *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pág. 89, que, al mencionar el requisito de la urgencia, añade seguidamente, entre paréntesis, la expresión latina “*periculum in mora*”. En el mismo sentido, *vid.* I. PRETELLI. “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *op. cit.*, p. 133, que relaciona “*urgencia*” con el requisito de “*periculum in mora*” presente en el art. 8 del Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (BOE núm. 199 de 20 de agosto de 1987), así como con el grave riesgo de daño para el menor.

<sup>39</sup> Como afirma la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su Circular 6/2015, pág. 70: “*El inciso segundo del apartado quinto del art. 778 quinquies de nuevo prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando al primer llamamiento el demandado no comparece o no lo hace en forma, no presentando al menor. Es claro que en estos casos el comportamiento procesal del demandado pone de manifiesto un incremento en el periculum in mora, por lo que será especialmente aconsejable la adopción, si no se hubiera hecho ya, de medidas cautelares.*”

<sup>40</sup> *Vid.* M. LÓPEZ JARA. “El proceso cautelar en materia de sustracción internacional de menores”, *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Núm. 10, Segundo trimestre de 2016, p. 6.

<sup>41</sup> Para un estudio completo sobre el foro de la residencia habitual y sus criterios, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Litigación Internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado Miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIAN SALVAT E I. LORENTE MARTÍNEZ (dirs.). *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*. Comares, Granada, 2019, pp. 307-323.

<sup>42</sup> Como indica la SAP León (Sección 2ª) núm. 117/2020, de 12 de mayo (ECLI:ES:APLE:2020:544), al titular se le exige simplemente “*una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor, si bien del conjunto del Convenio (arts. 3,8,13) se deduce que está basado en la presunción de que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia, recayendo sobre el “secuestrador” la carga de probar que no es así*”. En el mismo sentido, E.

acuerdo con M. LÓPEZ JARA, por efecto del art. 22 CH 80, que dispone expresamente: “No podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio”<sup>43</sup>.

37. En cuanto a la presencia en el Estado Miembro, a efectos nacionales, las medidas cautelares en los procesos de restitución, se dictan sobre la base de que el menor se encuentra presente en el Estado español (art. 778 *quáter*. 1 LEC).

38. La provisionalidad también se contempla como una característica esencial de estas medidas: desde el régimen general, el art. 726.2 LEC se refiere expresamente a ello y, además, siendo más específico que la norma europea, pues se permite que, durante el procedimiento, se puedan modificar, modular o incluso dejar sin efecto las medidas cautelares (art. 743 LEC). Es decir, nuestra legislación nacional permite suspender una medida cautelar bajo la mera evidencia de la desaparición del riesgo que la motiva, sin necesidad de esperar a que el órgano competente sobre el derecho de custodia dicte alguna medida.

## 2. La comunicación entre órganos jurisdiccionales y Autoridades Centrales

39. El art. 15 R. 2019/1111, establece un deber de comunicación bilateral entre el órgano jurisdiccional excepcionalmente competente para dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, y el competente sobre el fondo del asunto, bien directamente, bien a través de las Autoridades Centrales, si el interés superior del menor lo exige<sup>44</sup>.

40. Se trata de la recepción en el nuevo Reglamento de la doctrina jurisprudencial recogida en la ya citada STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A<sup>45</sup>. En el conflicto de origen, se discutía que las autoridades finlandesas fuesen competentes para adoptar una medida de guarda e internamiento en un establecimiento de acogida de unos menores suecos que, de forma itinerante, se instalaban en diversos campings de Finlandia por vacaciones sin estar escolarizados. El TJUE estaba llamado a pronunciarse, entre otras cuestiones, sobre el deber de las autoridades finlandesas de trasladar los autos de oficio a los órganos jurisdiccionales suecos una vez adoptadas las medidas cautelares, lo cual niega. Pero seguidamente, en forma de *obiter dictum*, declara que, si el interés superior del menor lo exige, se ha informar de ellas al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto, bien de forma directa, como expresión del art. 55.c) R. 2201/2003, o bien por medio de las Autoridades Centrales designadas conforme al art. 53 R. 2201/2003, y ello porque las circunstancias del menor “*pueden hacer necesaria la intervención temprana del órgano jurisdiccional competente para que se adopten medidas definitivas*”.

41. La cooperación judicial directa no plantea especiales problemas en caso de medidas provisionales, incluidas las cautelares, dictadas ante una sustracción internacional de menores. Sin embargo, encontramos algo más problemática la articulación de la cooperación entre Autoridades cuando han de coligarse la colaboración a la hora de informar sobre dichas medidas con la cooperación en materia de sustracción internacional de menores.

---

PÉREZ-VERA. “Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. Disponible en español a través del siguiente enlace: <https://assets.Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>, pp. 21-22, p. 73.

<sup>43</sup> Vid. M. LÓPEZ JARA. “El proceso cautelar en materia de sustracción internacional de menores”, *op. cit.* p. 7

<sup>44</sup> Esa exigencia dependerá de la valoración del órgano jurisdiccional que dicta la medida, según E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: De nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *op. cit.* p. 162.

<sup>45</sup> Vid. STJCE de 2 de abril de 2009, C-523/07, A (ECLI:EU:C:2009:225), p. 56-65; E. RODRÍGUEZ PINEAU. “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores” *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Núm. 26, Segundo trimestre de 2020, p. 7.

42. Tengamos en cuenta que las medidas provisionales, incluidas las cautelares, previsiblemente incidirán sobre cuestiones de responsabilidad parental (guarda o custodia provisional, acogimiento, régimen de visitas...). Para informar de estas medidas, el art. 15.2 R. 2019/1111 se remite al art. 76 R. 2019/1111, donde se prevé la designación de una Autoridad Central por cada Estado Miembro para “asistirlo en la aplicación del presente Reglamento con respecto a las cuestiones de responsabilidad parental”. Esa cooperación abarcaría entonces todas aquellas medidas provisionales, incluidas las cautelares, que se dictasen en caso de sustracción internacional de menores y que pudieran tener incidencia sobre la cuestión de responsabilidad parental. Sin embargo, la cooperación no alcanza a los procedimientos de restitución de menores en sí mismos, ya que el Considerando 73 los excluye del ámbito de aplicación del Capítulo V del R. 2019/1111<sup>46</sup>. Esto tiene dos consecuencias que resultan incoherentes. Por un lado, en los Estados Miembros que tienen designada una misma Autoridad Central para ambos ámbitos de cooperación<sup>47</sup>, la cooperación se regirá por el escueto régimen CH 80<sup>48</sup> para la restitución y por el más desarrollado del R. 2019/1111 para las medidas provisionales, incluidas las cautelares; sin posibilidad de complementar ambos instrumentos. Por otro lado, para aquellos Estados Miembros que tienen designada una Autoridad Central distinta según el ámbito de cooperación<sup>49</sup>, a la dualidad normativa se le une la dualidad institucional, lo cual puede ser causa de dificultades.

43. La comunicación, bien mediante Autoridades Centrales o a través de órganos jurisdiccionales, se regula también para informar desde el Estado Miembro de origen de que se han adoptado las medidas para evitar el grave riesgo y así evitar que se aplique la causa de denegación del retorno del art. 13, párrafo primero, b) CH 80 (art. 27.4 R. 2019/1111). Para ello el órgano jurisdiccional, una vez se haya dirigido a las partes, podrá solicitar el auxilio de las Autoridades Centrales, de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, o de la Red de Jueces de La Haya (Considerando 45 R. 2019/1111). En todo caso, la carga de la prueba sobre la adopción de las medidas para evitar el grave riesgo recae sobre el progenitor que solicita la restitución (art. 27.3 R. 2019/1111).

### 3. La nueva ubicación del art. 15 R. 2019/1111 y su repercusión

44. Como anticipábamos en el apartado dedicado a la contextualización normativa, el art. 15 R. 2019/1111 se encuentra ahora situado en la Sección Segunda del Capítulo II del nuevo Reglamento.

---

<sup>46</sup> Como indica el Considerando 73 R. 2019/1111: “Las disposiciones del presente Reglamento sobre cooperación en materia de responsabilidad parental no deben aplicarse al trámite de solicitudes de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 que, de conformidad con el artículo 19 de dicho Convenio y la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, no constituyen procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental. Sin embargo, la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 se debe complementar con las disposiciones del presente Reglamento en materia de sustracción internacional de menores y con el capítulo del presente Reglamento sobre reconocimiento y ejecución y el capítulo sobre las disposiciones generales”.

<sup>47</sup> El R. 2019/1111 recomienda valerse de la misma Autoridad Central (Considerando 72). En España, dicha Autoridad común es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, adscrita al Ministerio de Justicia. *Vid. Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio. BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, artículo 8.2.a)*

<sup>48</sup> El escaso desarrollo del régimen de las Autoridades Centrales se debe, de acuerdo con B. GÓMEZ BENGOCHEA. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, Colección “Monografías de Derecho Civil”. Dykinson, Madrid, 2002, p. 47 al deseo de respetar las diferencias organizativas entre los Estados Parte del CH 80

<sup>49</sup> Por ejemplo, Lituania, que divide la competencia en materia de cooperación entre el Ministerio de Justicia –para responsabilidad parental-, el Servicio Estatal de Protección de los Derechos Civiles de los menores y de Adopción, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social –para sustracción internacional-; y Hungría, que hace lo mismo a través del Ministerio de Recursos Humanos –para cooperación en responsabilidad parental- y el Departamento de Derecho Internacional Privado del Ministerio de Justicia –para sustracción internacional. El resto de Estados Miembros se vale de la misma Autoridad Central para cooperar en los dos ámbitos. Puede consultarse el listado de Autoridades Centrales para los Estados Miembros en los siguientes enlaces: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/authorities1/print1/?cid=24> (listado de Autoridades Centrales para la cooperación en la restitución de menores) y [https://e-justice.europa.eu/content\\_matrimonial\\_matters\\_and\\_matters\\_of\\_parental\\_responsibility-377-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility-377-es.do) (listado de Autoridades Centrales para la cooperación en materia de responsabilidad parental).

Una ubicación novedosa ya que, con anterioridad a la reforma, la regla sobre medidas cautelares formaba parte de la Sección Tercera, consagrada a un régimen de disposiciones comunes a las reglas de competencia judicial internacional. Desde esta nueva posición, el nuevo artículo 15 R. 2019/1111 se consagra como una norma de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental<sup>50</sup>, que se reafirma además por la fuerza de sus palabras, al establecerse que: “...*aunque el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer del fondo del asunto, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares...*”<sup>51</sup>.

45. Estas modificaciones son herederas de la Propuesta de reforma planteada por la Comisión en 2016<sup>52</sup>, que planteó estas modificaciones persiguiendo unos objetivos más ambiciosos en cuanto a la repercusión de esta regla de competencia en la posibilidad de reconocimiento y ejecución de las medidas provisionales dictadas al amparo del artículo 12 de dicha Propuesta (referido a las medidas provisionales, incluidas las cautelares). Recurrimos, para explicarlo, a un breve sumario histórico-legislativo.

46. Todo parte del conflicto planteado en la STJUE de 15 de julio de 2010, C-256/09, *Purrucker*<sup>53</sup>, que resuelve una cuestión prejudicial acerca de si las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental se aplican a las medidas provisionales, incluidas cautelares, dictadas *ex art.* 20 R. 2201/2003. El Tribunal responde que no, debido a que el art. 20 no es una regla sobre competencia, sino una disposición general excepcional, condicionada por los requisitos de urgencia, presencia y provisionalidad. Esa excepcionalidad no desplazaba, sino que reafirmaba la competencia de aquellos órganos competentes para pronunciarse sobre el fondo, y que podían adoptar medidas que prevalecieran sobre las adoptadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro al amparo del art. 20.

47. Cuando la Comisión presenta en 2016 la Propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003, se observa una actitud rompedora con la doctrina expuesta, para extender la eficacia extraterritorial a todas las medidas provisionales y cautelares sin distinción. Así, el Considerando 17 de la Propuesta de Reglamento apelaba a que las medidas cautelares urgentes, provisionales y sobre bienes y personas presentes en el Estado miembro, dictadas por órganos no competentes sobre el fondo, fueran “*reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros, incluidos los Estados miembros que sean competentes en virtud del presente Reglamento*”, hasta su modificación o sustitución por parte de los órganos competentes para conocer del fondo del asunto. Reiteraba en parecidos términos el Considerando 40 de la Propuesta esta voluntad para hacer extensible las normas sobre reconocimiento y ejecución “*a las medidas provisionales, incluidas las medidas cautelares, ordenadas en casos urgentes con arreglo al art. 12 del presente Reglamento por una autoridad de un Estado miembro que no sea competente en cuanto al fondo del asunto*”<sup>54</sup>.

48. Esta es la razón por la que se reubicó el art. 20 del R. 2201/2003 -art. 12 en la Propuesta de la Comisión- en la Sección 2ª, del Capítulo II, sobre normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental<sup>55</sup>, desvirtuando el mencionado razonamiento del TJUE en el caso

<sup>50</sup> Vid. A. BERNARDO SAN JOSÉ. “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *op. cit.*, p. 1283.

<sup>51</sup> Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU. “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>52</sup> Vid. *supra*, nota 6.

<sup>53</sup> STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker* (ECLI:EU:C:2010:437), párr. 61, 76-78 y 87.

<sup>54</sup> Esa previsión sobre la eficacia extraterritorial se inspira en el CH 96, *vid.* PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. “The Link With International Instruments And Third Countries”, en A.A.V.V., “Recasting the Brussels IIa Regulation, Workshop 8 November 2016”, Compilation of briefings for the JURI Committee, 2016, recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL\\_STU\(2016\)571383\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf), pp. 66 y 69-70.

<sup>55</sup> Así lo afirman P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY. “Parental Responsibility and International Hague Abduction in the proposal recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *Working Pa-*

*Purrucker*, contrario a darle naturaleza de norma competencial<sup>56</sup>. Desde su nueva ubicación, el art. 12.1 de la Propuesta afirmaba que los órganos jurisdiccionales “*tendrán competencia*” en caso de urgencia para adoptar medidas cautelares sobre personas y bienes localizados en su Estado. Además, la Propuesta introdujo un art. 38, en la Sección 4ª del Capítulo IV sobre reconocimiento y ejecución, que declaraba: “*Las disposiciones del presente capítulo aplicables a las resoluciones se aplicarán a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por una autoridad competente de conformidad con el capítulo II*”. Las normas de competencia del Capítulo II son las contenidas en las Sección 1ª sobre crisis matrimoniales, y en la Sección 2ª, a la cual se trasladó el art. 12 como una norma más de competencia sobre responsabilidad parental.

**49.** Sin embargo, poco de lo explicado hasta aquí se ha mantenido en el Reglamento 2019/1111. El art. 15 ha perdido, pese a mantenerse en la nueva ubicación y con los mismos términos de la Propuesta, la fuerza intencional que ésta le dio. La lectura del primer inciso del Considerando 30 del R 2019/1111 confirma la reconducción del precepto a una interpretación más concorde con la jurisprudencia del TJUE: “*Dichas medidas [las del art. 15 R. 2019/1111] no deben ser reconocidas ni ejecutadas en ningún otro Estado miembro en virtud del presente Reglamento excepto las medidas adoptadas para proteger al menor de un grave riesgo a que hace referencia el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980*”.

**50.** Pero, como puede observarse, sí se conserva la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares destinadas a paliar el grave riesgo en caso de restitución del menor<sup>57</sup>. La forma de integrar dichas medidas en el ámbito de aplicación del Capítulo IV, destinado a las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones, se hace a partir de la definición de “resolución”<sup>58</sup>.

**51.** Así el art. 2.1.b) R. 2019/1111 declara: “*A los efectos del Capítulo IV, «resolución» incluye también: (...) b) medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento para conocer en cuanto al fondo del asunto o de las medidas ordenadas de conformidad con el artículo 27, apartado 5, en relación con el artículo 15*. El art. 27.5 R. 2019/1111 se refiere a la posibilidad de dictar medidas cautelares en el caso de que se decida restituir al menor, para paliar el grave riesgo al que pudiera quedar sometido.

**52.** De igual modo, el Considerando 59 R. 2019/1111, indica que: “*(...) Cuando las medidas provisionales, incluidas las cautelares, sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, la circulación garantizada en virtud del presente Reglamento debe quedar circunscrita a las medidas ordenadas en casos de sustracción internacional de menores y destinadas a proteger al menor del grave riesgo a que se refiere el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980 (...)*”.

---

*per No. 2016/6, University of Aberdeen, School of Law*. Recuperado de: [https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL\\_Working\\_Paper\\_No\\_2016\\_6\\_revised.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_6_revised.pdf), p. 10: “...*the proposal moves this provision to the jurisdiction chapter which means any measures made under this provision can be recognised and enforced in another Member State*”. En el mismo sentido, *vid.* M. ŽUPAN, S. LEDIĆ, y M. DRVENTIĆ. “Provisional Measures and Child Abduction Proceedings”, *op. cit.* p. 22.

<sup>56</sup> *Vid.* T. KRUGER. “Enhancing Cross Border Cooperation”, en A.A.V.V., “Recasting the Brussels IIa Regulation, Workshop 8 November 2016”, *op. cit.* p. 38

<sup>57</sup> *Vid.* I. PRETELLI. “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *op. cit.*, pp. 143-144, critica que este reduccionismo frente al carácter más ambicioso de la reforma se basa en una preservación de la competencia judicial internacional en detrimento del interés superior del menor.

<sup>58</sup> *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS. “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en A.A.V.V., *Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 390-391.

### III. Las medidas provisionales, incluidas las cautelares, en el procedimiento de restitución de menores

#### 1. Medidas durante el procedimiento: en especial, el contacto del menor con la persona que solicita su restitución (art. 27.2 R. 2019/1111)

53. El art. 27.2 R. 2019/1111 expresa que “*En cualquier fase del procedimiento, de conformidad con el art. 15, el órgano jurisdiccional podrá examinar si se debe garantizar el contacto entre el menor y la persona que solicita su restitución, teniendo en cuenta el interés superior del menor*”.

54. Una previsión nada extraña para nuestro ordenamiento jurídico, puesto que en términos parecidos (incluso más amplios) se expresa el art. 778 *quáter*.8 LEC, en su apartado segundo, que permite valorar la posibilidad de otorgar de forma provisional los derechos de estancia, visita, relación y comunicación con el menor.

55. El contacto entre el menor y el progenitor no tiene por qué ser la única medida provisional posible, pues, aunque el art. 27.2 sólo mencione esa medida, la referencia que se hace al art. 15 R. 2019/1111 entendemos que permitiría ir más allá. Las posibilidades adicionales podrían pasar por ejemplo por la custodia provisional, la guarda provisional por un tercero o el acogimiento institucional temporal del menor<sup>59</sup>, en caso de que el grave riesgo para el menor pudiera predicarse de la convivencia con ambos progenitores. Pensemos en la hipótesis de un menor retenido ilícitamente por un progenitor con graves problemas económicos que comprometen el sustento de su hijo, unido al grave riesgo de retornar al Estado de residencia habitual por el riesgo físico o psíquico que el otro progenitor le pudiera inferir a causa de violencia doméstica.

56. En todo caso, debe valorarse positivamente que se contemple expresamente la garantía del contacto con el progenitor que reclama la custodia durante el procedimiento de restitución, dentro de lo conveniente. Esta previsión legislativa es una manifestación del derecho de los progenitores a mantener el contacto con sus hijos, y a su vez, del derecho de las autoridades a garantizarlo de forma efectiva, como han expresado los convenios internacionales y la Jurisprudencia del TEDH<sup>60</sup>. Además, en tanto que operan los mecanismos contra la sustracción ilícita, es una medida efectiva para paliar dos posibles riesgos: por un lado, el desapego del menor respecto del progenitor que ha dejado atrás a consecuencia del traslado o retención; y por otro, la posible interferencia parental del progenitor sustractor induciendo en él una opinión desfavorable o negativa del progenitor sustraído<sup>61</sup>.

57. Que el interés del menor se establezca como límite para el contacto con la persona que solicita la restitución, supone asumir que tal contacto podría no ser conveniente<sup>62</sup>. Nuestra legislación es consecuente con ello, y probablemente, a tal razón, se contempla la medida antagónica al aseguramiento del contacto con el menor en el art. 158.5º del Código Civil, que legitima al órgano jurisdiccional o al Ministerio Fiscal a dictar medidas de “*prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual*”.

<sup>59</sup> El art. 20.3 del Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, en adelante) contempla medidas como “*la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores*”.

<sup>60</sup> En este sentido, se pronuncian el art. 9.3 Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012). Sobre la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede obtenerse una interesante síntesis jurisprudencial a partir de la STEDH de 17 de noviembre de 2015, asunto *Bondavalli vs. Italy*. Recuperado de: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158942>, p. 72-73 y la jurisprudencia citada en ella.

<sup>61</sup> Vid. T. KRUGER. *International Child Abduction. The Inadequacies of the Law*, Hart Publishing, Portland, 2011, pp. 176-180.

<sup>62</sup> Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *op. cit.*, p. 70.

*por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad*". Esta medida es aplicable a la retención de un menor en España por remisión del art. 778 *quáter* 8 LEC de forma genérica al catálogo de medidas del art. 158 CC.

**58.** Esa prohibición de contacto la podríamos plantear cuando se apreciase grave riesgo para el menor. Un ejemplo sería en caso de darse una situación de violencia de género. En un reciente estudio de M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, P. ORTUÑO MUÑOZ y M<sup>a</sup>.T. GONZALO RODRÍGUEZ, las autoras recomiendan que, en estos casos, se tengan en cuenta varios criterios para valorar el establecimiento, mantenimiento o suspensión del contacto con los menores, que se basan en la relevancia penal de la conducta del maltratador y sus efectos sobre la víctima, sobre el menor, y sobre los vínculos familiares<sup>63</sup>.

**59.** Otro factor de riesgo, de actualidad, lo encontraríamos en la crisis sanitaria causada por la pandemia de COVID-19, que ha llevado a que, a partir de la declaración del Estado de alarma, y ante los riesgos de contagio, se dictaran varios Acuerdos y Recomendaciones por los Juzgados de Familia de varias provincias judiciales, con criterios variables en cuanto al mantenimiento del contacto con los progenitores<sup>64</sup>.

## 2. Medidas en caso de dictarse la restitución del menor (art. 27.5 R. 2019/1111)

**60.** El art. 27.5 R. 2019/1111 dispone que: "*Cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá, en su caso, dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el artículo 15 del presente Reglamento a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución*". Es decir, que con la resolución que ordena la efectiva restitución del menor, el Reglamento también permite adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares<sup>65</sup>, si concurren, según el Reglamento, una serie de requisitos (sin olvidar los condicionantes del art. 15).

**61.** El primero es la *existencia de un grave riesgo para el menor*. Este requisito invita a una reflexión. Uno de los propósitos del sistema complementario al CH 80 configurado, primero por el R. 2201/2003, y a futuro, por el R. 2019/1111, es garantizar que el menor sea restituido al Estado de su residencia habitual bajo la premisa de que las autoridades competentes en dicho Estado hayan adoptado todas las medidas que protejan al menor de un grave riesgo físico, moral o psíquico<sup>66</sup>. Por lo tanto, no debería existir, al amparo de ambos instrumentos internacionales, resolución alguna que ordene la restitución si existe peligro para el menor. Para cuando la restitución haya de hacerse efectiva, en teoría,

<sup>63</sup> Vid. M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, P. ORTUÑO MUÑOZ y M<sup>a</sup>.T. GONZALO RODRÍGUEZ. "Problemática específica de la custodia y de las relaciones parentales en casos de violencia sobre la mujer o sobre menores", en AAVV. *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Consejo General del Poder Judicial, 2020. Recuperado de:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>, pp. 208-211.

<sup>64</sup> Vid. F.F. MATEO BUENO. "Estado de Alarma: Recopilación por provincias de los acuerdos adoptados por los Juzgados de Familia". Mateo Bueno. *Abogado de Familia: Mis artículos*. Recuperado de <https://www.mateobuenoabogado.com/coronavirus-covid-19-acuerdos-juzgados-de-familia/> (Consultado el 2 de septiembre de 2020).

<sup>65</sup> El Considerando 46 R. 2019/1111 ofrece algunos ejemplos de posibles medidas: "...la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas...".

<sup>66</sup> Vid. A. M. SÁNCHEZ-MORALEDA. "¿El Reglamento Bruselas II bis facilita el retorno del menor en caso de su traslado o retención ilícitos?" en A. MONGE FERNÁNDEZ (dir.). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, JYB Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 137-138 y 154. Aunque la autora compara el R. 2201/2003 con la Propuesta de Reforma de 2016, las conclusiones de su estudio se mantienen con la entrada en vigor del R. 2019/1111.

el riesgo no debería existir, y consecuentemente, las medidas preventivas y cautelares del Estado de retención deben tener poca o ninguna efectividad.

62. Además, al momento de dictarse la restitución del menor, la actividad jurisdiccional del Estado requerido finaliza, por lo que al dictar las medidas provisionales, incluidas las cautelares, del art. 27.5, nos encontramos en una situación que enfrenta competencialmente al órgano jurisdiccional del Estado donde residía el menor antes del traslado o retención, que conoce del fondo del asunto, con el órgano jurisdiccional el Estado donde ha sido retenido, que sólo puede dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares. Conforme al Considerando 31 R. 2019/1111, esto se traduce en una obligada transmisión de la competencia en favor de los tribunales competentes en cuanto al fondo: “*Un órgano jurisdiccional que solo tenga competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, debe, ante una demanda relacionada con el fondo del asunto, declararse de oficio incompetente si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento*”<sup>67</sup>.

63. Si se puede mantener lo anteriormente dicho, el resultado en la práctica sería un cierto vacío de utilidad de la norma. Sin embargo, todo apunta a que el art. 27.5 R. 2019/1111 debe leerse desde la intención de reforzar la confianza mutua entre los Estados Miembros de la siguiente manera: por exigente que sea la urgencia del asunto para dictar medidas cautelares, los tribunales del Estado de residencia habitual necesitan tiempo para decidir qué medidas pueden resultar eficaces para paliar el grave riesgo del menor. Por ello, el Reglamento prevé la eficacia provisional de las medidas dictadas en el Estado de retención del menor hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de origen dicte sus medidas provisionales (Considerando 59 R. 2019/1111, *in fine*). Es decir, a cambio de confiar en que las autoridades del lugar donde residía el menor adopten las medidas adecuadas en su jurisdicción, dichas autoridades harán provisionalmente ejecutivas las medidas dictadas por las autoridades que han ordenado restituir al menor, asegurando a éstas que el menor es devuelto a un entorno seguro<sup>68</sup>.

64. Se precisa igualmente que “*el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución*”. La referencia temporal, entendemos, son las seis semanas que se otorgan, bajo el nuevo Reglamento, para cada instancia y para la ejecución (arts. 24 y 28.2 R. 2019/1111).

65. El último de los requisitos al que vamos a referirnos no compromete la facultad para dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, pero sí su eficacia transfronteriza, por ello lo incluimos como un añadido a los anteriores. Según el art. 2.1.b) R. 2019/1111, para garantizar esa eficacia, se necesita “*que el progenitor que solicita la restitución haya sido escuchado, o en su defecto, que haya sido notificado de la medida a adoptar con carácter previo a la ejecución*”. Se trata de una exigencia más relajada que la planteada en su día en el art. 48 de la Propuesta de 2016, en cuyo párrafo segundo se dis-

<sup>67</sup> El Considerando 31 R. 2019/1111 es receptor de la jurisprudencia europea en la STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto C-296/10, *Purrucker II* (ECLI:EU:C:2010:665), que niega la posibilidad de aplicar la excepción de litispendencia internacional en el caso de que el primer órgano jurisdiccional conozca de una solicitud de medidas cautelares conforme al art. 20 R. 2201/2003, y se interponga una demanda sobre el fondo ante el segundo órgano jurisdiccional, materialmente competente conforme al Reglamento. En este sentido, la regla de litispendencia del art. 20.2 R. 2019/1111 excepciona la regla *prior in tempore, potior in iure*, en caso de que la competencia de uno de los órganos jurisdiccionales se funde en el art. 15 R. 2019/1111.

<sup>68</sup> Tal es la filosofía de la Comisión, de acuerdo con el Informe de Impacto presentado en 2016. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA. “Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document 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)”, *op. cit.*, p. 43: “*Provisional, protective measures with cross-border effect would enable the court of refuge to make itself, at least initially, an “adequate arrangement” to secure the protection of the child after his or her return”, without awaiting such measures to be taken by the court of origin and thereby enable the court to order return more quickly. Indeed, it would also encourage the court of origin to take such measures, and thus facilitate coordination and cooperation between the court of refuge and the court of origin, and, thereby, it would help reduce the need for an order refusing return and further reduce delays*”.

ponía que las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución “*no se aplicarán a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por una autoridad sin que el demandado haya sido citado a comparecer*”. Aquí se denota un intento por establecer un nuevo equilibrio entre el derecho de audiencia de la persona que solicita la restitución (inexorable, según el art. 27.1 R. 2019/1111) y el interés superior del menor ante una situación de peligro para éste. Esa ponderación es favorable a proteger al niño, lo cual es razonable, sin dejar de lado la posibilidad de que la persona que solicita la restitución, mediante la puesta en conocimiento de la medida, tenga la oportunidad procesal, por medio de recursos, de hacer valer su punto de vista *a posteriori*.

66. En nuestra legislación, los arts. 778 *quáter*. 8 y 778 *quinquies*. 5 LEC, ambos en sus respectivos segundos párrafos, realizan una remisión al procedimiento de “*medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio*” del art. 773 LEC. Dicho precepto, en su apartado tercero, exige, por remisión al art. 771 LEC la comparecencia de las partes, asistidas de abogado y procurador, así como del Ministerio Fiscal -dado que el interés del menor está presente- con carácter previo a la adopción de las medidas para intentar un acuerdo sobre las mismas o en su defecto, para que se pronuncien todos los comparecientes. A diferencia de lo que pretende el Reglamento, la única forma de ejecutar medidas sin comparecencia del progenitor demandado sería que éste voluntariamente no asistiera (art. 771.3 LEC, párrafo segundo).

#### IV. ¿Existen medidas preventivas de la sustracción internacional de menores?

67. Hasta ahora hemos planteado el estudio de las medidas provisionales, incluidas las cautelares, una vez se ha producido el traslado o retención ilícitos. Sin embargo, la mejor protección contra la sustracción internacional de menores, sin duda, es evitar que llegue a producirse. Prevenirla es una cuestión que depende de la perspicacia de las partes o del órgano jurisdiccional en la detección de la urgente necesidad de adoptarlas antes de que el riesgo aparezca o cuando es incipiente. En situaciones de crisis matrimonial transfronteriza, de judicialización de ésta o incluso en situaciones supuestamente pacíficas sin aparentes conflictos, el riesgo de sustraer al menor puede llegar a manifestarse<sup>69</sup>. A nivel convencional, europeo y nacional, podemos apreciar ciertas iniciativas que dan lugar a concluir que existe un esfuerzo por evitar que la sustracción de menores se materialice. Presentaremos las iniciativas en el orden indicado.

##### 1. Recomendaciones para la prevención de la sustracción internacional de menores a nivel convencional

68. A nivel convencional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es consciente de esta eventualidad, y como prueba de ello, tiene publicada una Guía de Buenas Prácticas sobre medidas preventivas. *Grosso modo*, de su contenido puede extraerse una clasificación entre medidas preventivas de acción y medidas preventivas de reacción. Dentro de la primera categoría, y pensando precisamente en las crisis familiares, se propone el fomento de la mediación, el establecimiento de medidas que eviten la sustracción en las resoluciones que resuelven sobre las crisis matrimoniales, el respeto a los derechos de visita, o la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de custodia y visita. En cuanto las medidas de reacción, se recomiendan las limitaciones administrativas a la movili-

<sup>69</sup> Vid. T. KRUGER. *International Child Abduction. The Inadequacies of the Law*, op. cit., p. 224. La autora enuncia un catálogo de situaciones indiciarias que permiten advertir un posible riesgo de sustracción ilícita: situaciones referidas a la existencia de una crisis familiar, a la intención más o menos manifiesta del progenitor de llevarse al menor consigo, o a determinadas acciones que evidencian que el progenitor potencialmente sustractor se está desvinculando personal o patrimonialmente del Estado de residencia habitual del menor y estableciéndose en otro Estado. Aun así, recalca que muchas veces esos indicios no son perceptibles o que siéndolos, los esfuerzos por prevenir que el menor sea trasladado o retenido han sido en balde. Vid. *ibid.* pp. 214-216.

dad transfronteriza del menor, como las restricciones a la emisión de pasaportes y visados, garantizando el consentimiento de ambos progenitores y la comunicación entre Autoridades. Finalmente, la Guía también apunta a plantear la promulgación de medidas disuasorias, tales como la prestación de fianzas, la facilidad de acceso a los tribunales o la tipificación de la sustracción como ilícito penal<sup>70</sup>.

## 2. La prevención de la sustracción internacional de menores en la Unión Europea

69. Pasando al ámbito europeo, hemos de señalar que la Unión Europea responde a las recomendaciones del CH 80 en cuanto a las medidas preventivas de acción. En concreto, realiza la apuesta por acudir a la mediación entre otros medios de resolución alternativa de conflictos (art. 25 R. 2019/1111). Aunque más bien esta medida, tal y como está planteada en el Reglamento, no es propiamente preventiva de la sustracción, sino más bien, del litigio en torno a ella<sup>71</sup>. Los órganos jurisdiccionales tendrán, según el nuevo precepto, la obligación de invitar a las partes, siempre que la situación lo permita, a solucionar el conflicto dimanante de la sustracción internacional de menores dentro del ámbito familiar, auxiliados por profesionales especializados, y fuera de los tribunales. Varios autores insisten en la conveniencia de esta vía, además de por los costes económicos, temporales y psicológicos de sustanciar litigios, por la necesidad de que las relaciones familiares con el menor perduren en el tiempo de forma pacífica, entre otras muchas ventajas<sup>72</sup>.

70. Continuando con las previsiones europeas, el R. 2019/1111 ha suprimido el exequátur a las resoluciones que deciden la restitución de los menores y, junto a ellas, a las medidas cautelares que se dicten con ocasión de esa devolución. Esta medida permitirá prevenir que, con ocasión de un doble traslado o una sustracción itinerante a varios Estados, se hayan de sustanciar sucesivos procedimientos de restitución del menor que complicarían seriamente el retorno. La ejecución directa también alcanza, en general, a cualquier resolución sobre la responsabilidad parental (arts. 30.1 y 34.1 R. 2019/1111), con lo cual, a efectos de hacer valer el derecho de custodia vulnerado por el progenitor sustractor, el nuevo régimen del Capítulo IV del R. 2019/1111 facilita mucho los trámites. Otras dos previsiones importantes son la ejecución provisional de las resoluciones de restitución pese a la interposición de recursos, que

<sup>70</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte – Medidas de prevención”, *op.cit.*, pp. 14 y 16-33.

<sup>71</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS resalta que, como medida preventiva, la mediación “*permitiría alcanzar acuerdos que son acatados de forma voluntaria la generalidad de las veces, al satisfacer en gran medida los intereses de todos los implicados. De ahí que, empleada en el momento en que la pareja entra en conflicto, la mediación pueda impedir que los menores sean trasladados o retenidos de forma ilícita*”, “Mediación y Sustracción Internacional de Menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA Y J.J. FORNER DELAYGUA (*dirs.*) Y E. GONZÁLEZ BOU Y N. GONZÁLEZ VIADA (*Coords.*), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 370-371. En el mismo sentido, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *CDT*, Vol. 6, núm. 2 (2014), pp. 130-146, pp. 141-142; y C. CHÉLIZ INGLÉS. *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 173-174.

<sup>72</sup> *Vid.* C. CHÉLIZ INGLÉS., *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, *op. cit.*, pp. 166-175. A. MARÍN VELARDE Y F. MORENO MOZO. “El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores”, en A. MONGE FERNÁNDEZ (*dir.*). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, JYB Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 237-239, consideran una ventaja para tratar la sustracción, la aplicación de los principios orientadores de la mediación, tales como voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, los cuales se enuncian tanto en la legislación nacional como en la autonómica especificada *infra*. También son interesantes los trabajos de A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *op. cit.*, p. 136; C. CARRILLO LERMA. “Mediación Familiar Internacional y Sustracción Internacional de menores”, *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015, p. 187, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS. “Mediación en Conflictos Internacionales: Aportaciones desde la Práctica Convencional de La Haya”, en R. GRASA HERNÁNDEZ, A. BLANC ALTEMIR Y P. DIAGO DIAGO. *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*. Recuperado de: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/LaAplicacióndeLaMediación.pdf>, p. 252.

permitirá, si el interés superior del menor lo exige, agilizar la devolución del menor al Estado de origen (art. 27.6 R. 2019/1111)<sup>73</sup> y la prohibición de la ejecución parcial de las decisiones de restitución que necesitan acompañarse de medidas cautelares contra cualquier grave riesgo (art. 53.3 R. 2019/1111).

71. En cuanto las medidas de reacción sobre movilidad, en la UE cabe destacar el papel del *Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)*<sup>74</sup>, cuyo Anexo VII regula un régimen específico para el paso fronterizo de menores: cuando están acompañados, se ha de comprobar que el sujeto que lo acompaña ostenta la patria potestad y que no está desplazando al menor sin el consentimiento del otro progenitor (apartado 6.2 R. 562/2006), y en el caso de menores no acompañados, también ha de comprobarse documentalmente que el abandono del territorio no se realiza contra la voluntad de quienes ostentan la patria potestad (apartado 6.3 R. 562/2006)<sup>75</sup>. Asimismo, el Reglamento plantea la aplicación analógica del régimen de control de las fronteras exteriores (entre Estado Miembro y no Miembro), para el caso de menores que las crucen, conforme al apartado 6.1 R. 562/2006, bien sea para entrar a un Estado Miembro desde un tercer Estado o viceversa.

72. Señalar por último que, aunque no existe ninguna suerte de “tipo delictivo europeo” de sustracción internacional de menores, sí hay que destacar que el TJUE se ha pronunciado recientemente sobre la necesaria adecuación normativa del delito de sustracción de menores con el derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, en su vertiente de prohibición de discriminación por nacionalidad en la STJUE de 19 de noviembre de 2020, asunto C-454/19, *ZW*<sup>76</sup>. La cuestión prejudicial ha concernido al art. 235 del *Strafgesetzbuch* o Código Penal alemán, que exige la existencia de “*fuerza, amenaza de daño grave o engaño*” para las sustracciones nacionales, pero no para las sustracciones internacionales, donde basta el simple traslado para apreciar el delito. El TJUE reconoce el efecto disuasorio que puede tener el delito de sustracción internacional de menores para evitar que se produzcan y proteger a los menores. Ahora bien, pese a ello, niega que la tipificación del Código Penal alemán, fuera conforme con el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE, porque se basaba en “*la presunción de que es imposible o excesivamente difícil obtener el reconocimiento, en otro Estado miembro, de una resolución judicial relativa a la custodia de un menor y, en caso de sustracción internacional de este, a su restitución inmediata*”, argumento que al TJUE le resulta contrario al principio de confianza mutua que inspira al R. 2201/2003.

### 3. Las medidas preventivas en la legislación española

73. A nivel interno, la legislación española contiene un catálogo *numerus apertus* de medidas preventivas para evitar la sustracción ilícita en el art. 158.3º CC. Entre las medidas que se concretan,

<sup>73</sup> La regla de ejecución provisional tiene vocación de excepcionalidad; su aplicación debe valorarse conforme al interés superior del menor (Considerando 47 R. 2019/1111) y también según las exigencias de urgencia que requieran una rápida restitución (Considerando 66 R. 2019/1111). Con todo, también es posible que lo idóneo sea suspender la ejecución de la resolución, en especial cuando la impugnación de la eficacia de las resoluciones obedezca a la concurrencia de causas de denegación de la ejecución o de revocación de los certificados relativos a las resoluciones privilegiadas, cuando no haya transcurrido el plazo interposición del recurso, o cuando pueda apreciarse una causa de grave riesgo para el menor. *Vid.* Considerandos 67 y 68, así como los arts. 33, 44, 56, 57 y 63 del R. 2019/1111. En España se mantiene la prohibición de la ejecución provisional de las resoluciones sobre restitución de menores (art. 525.1. 1º LEC), lo cual necesitará ser modificado. No obstante, en opinión de F.-J. FORCADA MIRANDA. *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, op. cit., pp. 251-252, si los plazos del recurso de apelación son suficientemente expeditivos, sería innecesaria la ejecución provisional.

<sup>74</sup> *DOUE* núm. L 105 de 13 de abril de 2006.

<sup>75</sup> *Vid.* M.C. CHÉLIZ INGLÉS. *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, op. cit. pp. 24-25 y notas 10-12.

<sup>76</sup> STJUE de 19 de noviembre de 2020, asunto C-454/19, *ZW* (ECLI:EU:C:2020:947), pág. 43-50.

se encuentran la “prohibición de salida del territorio nacional salvo autorización judicial previa”, la “prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido”, y el “sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor”. Interesa resaltar que estas medidas pueden dictarse en cualquier momento del procedimiento de sustracción del menor (art. 778 *quinquies*. 8 LEC), e igualmente en procesos matrimoniales, como prevén los arts. 103.1.III CC y 771 LEC<sup>77</sup>. El simple hecho de que con ocasión de las crisis conyugales ya puedan entrar a operar estas medidas nos da cuenta del compromiso del legislador español con garantizar la evitación a toda costa de un traslado ilícito. Para mayor apoyo de esta afirmación, incluso resultaría posible solicitar una tutela cautelar provisionálísima con carácter previo a la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, conforme al art. 104 CC, aplicando las medidas del art. 103.1.III CC para prevenir la sustracción ilícita; si bien, esta tutela previa a la demanda se concreta en su *provisionalidad* estableciendo un plazo de 30 días para accionar ante los tribunales.

74. En España, la mediación también se encuentra regulada para los procesos de restitución de menores en el art. 778 *quinquies*. 12 LEC. Como ocurre con el Reglamento, la mediación no se plantea como forma de prevención de la sustracción, sino una vez se produce, como alternativa a encauzar judicialmente la respuesta jurídica de restitución<sup>78</sup>. Como indica el precepto, el Juez puede invitar a las partes en cualquier momento del proceso a solucionar por esta vía la controversia surgida por la sustracción ilícita, o bien solicitarlo las partes. Se prevé además que la mediación no sea utilizada como estrategia dilatoria de una decisión sobre la devolución, buscando concentrar el alcance del acuerdo en el menor número de sesiones posible, y limitando en todo caso la suspensión del proceso a seis semanas, frente a la regla general de suspensión por sesenta días del procedimiento del art. 19.4 LEC. El resultado de la mediación es un acuerdo que ha de ser homologado por el Juez y que, por lo tanto, dará como resultado un auto (art. 206.1. 2º LEC), que se someterá, a efectos de su reconocimiento y ejecución transfronterizas, a las reglas de eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales del Capítulo IV del R. 2019/1111.

75. Sobre la cuestión de la movilidad extraterritorial del menor, como bien recuerdan M<sup>a</sup>. C. CHÉLIZ INGLÉS y M<sup>a</sup>. A. MARTÍN HUERTAS, está vigente en nuestro país el *Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características*<sup>79</sup>. Este Real Decreto modificó el art. 4.2 del Real Decreto 896/2003, exigiendo a partir de la reforma que quienes ostentaren patria potestad sobre el menor deban prestar su consentimiento ante el funcionario competente para la expedición de un pasaporte al menor, acreditando documentalmente su identidad y la relación de parentesco o tutela. Además, deben corroborar que el ejercicio de la patria potestad no se encuentra limitado, y en caso de estarlo, que se ha suplido con autorización judicial<sup>80</sup>.

76. Por último, no hay que olvidar que la sustracción internacional de menores constituye un delito tipificado en el art. 225 bis de nuestro Código Penal. Nuestro tipo penal es conforme con la re-

<sup>77</sup> Vid. M<sup>a</sup>. A. MARTÍN HUERTAS. “El Convenio de La Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores”, *op. cit.* pp. 119-122.

<sup>78</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS. “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en A.A.V.V., *Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 396, apunta como diferencia que la promoción de la mediación es facultativa en la LEC e imperativa en el R. 2019/1111, y plantea que España podría prever una fase previa al litigio, para valorar la posibilidad de que el caso concreto sea resuelto por mediación. Ello será efectivo siempre y cuando exista cierta predisposición de las partes a alcanzar un acuerdo, que podría contrastarse informando sobre las ventajas de la mediación y comprobando si los progenitores estarían dispuestos a solucionar el conflicto por esta vía alternativa al litigio.

<sup>79</sup> BOE núm. 154, de 25 de junio de 2014. Vid. M. C. CHÉLIZ INGLÉS. *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*. *op. cit.*, pp. 24-25 y nota 12 y M<sup>a</sup>.A. MARTÍN HUERTAS. “El Convenio de La Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores”, *op. cit.* p. 121, nota 68.

<sup>80</sup> Con anterioridad a la reforma, bastaba que quien ostentaba la patria potestad acreditara su propio consentimiento y que su ejercicio no estaba limitado, o en caso de estarlo, que se ha obtenido autorización judicial.

ciente jurisprudencia del TJUE, pues el supuesto de hecho que origina el delito no presenta exigencias específicas si la sustracción se produce dentro o fuera de las fronteras de nuestro Estado. Si se aprecia diferencia en la cualificación de la sanción que castiga uno y otro tipo de sustracción: si la sustracción es nacional, se impone la pena de dos a cuatro años de prisión y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de cuatro a diez años; y en caso de ser internacional, las penas se imponen en su mitad superior, es decir, de tres años y un día a cuatro años de prisión y de siete años y un día a diez años de inhabilitación. Ello denota en el legislador cierta ambición especial por disuadir la sustracción internacional<sup>81</sup>. Como contrapartida, también se pretende persuadir al sustractor de que ceje en su actitud y devuelva al menor cuanto antes al Estado de su residencia habitual, y para ello, prevé la exención de la pena si comunica el paradero del menor en las veinticuatro horas siguientes y lo devuelve inmediatamente, o si la ausencia no es superior a veinticuatro horas; así como la reducción de la pena a un rango de entre seis meses a dos años de prisión si devuelve al menor sin comunicar previamente dónde se encuentra éste (Art. 225 bis.4 CP).

77. En definitiva, la presentación de todas las medidas señaladas nos permite concluir que, tanto a nivel convencional, como europeo y nacional, se pueden plantear mecanismos preventivos contra el riesgo de una sustracción internacional de menores<sup>82</sup>.

## V. Conclusiones

78. Toda protección es poca cuando el menor se encuentra secuestrado. En el marco de esa protección, no sólo interesa que el menor sea efectivamente restituido a su hogar. Esa devolución es resultado de un procedimiento que, por breve que se pretenda, va a consumir cierto tiempo. Mientras tanto, la vida del menor sigue, y además en un entorno al que no está habituado, y alejado del progenitor con el que normalmente se desenvuelve en su vida cotidiana. Por ello, el esfuerzo de las autoridades judiciales ante la sustracción internacional de un menor es doble: por un lado, garantizar la inmediata restitución; pero igualmente, hasta que esa decisión llegue, se han de asegurar de que el menor goce de la mayor estabilidad y la menor perturbación. De ahí la importancia de que exista un régimen bien configurado de medidas provisionales, incluidas las cautelares.

79. En este sentido, las aclaraciones con las que el R. 2019/1111 suple el silencio del CH 80 en la materia (desde el régimen general del art. 15 al especial de los apartados segundo y quinto del art. 27, además de los Considerandos que acompañan con su interpretación), son dignas de alabanza. Para mayor celebración, los operadores jurídicos españoles cuentan con un régimen en nuestra LEC que se anticipa en muchos aspectos a las exigencias y las recomendaciones internacionales, de tal suerte que, para cuando el nuevo Reglamento comience a aplicarse, no tendremos especiales problemas en alinearlos con su articulado sobre el procedimiento de restitución. Esto no quiere decir que nuestro *vanguardismo jurídico* deba cegarnos ante la realidad: la sustracción internacional de menores sigue siendo una realidad en nuestro país, como en cualquier otro, y seguramente las soluciones jurídicas hayan de seguir mejorando de cara al futuro.

<sup>81</sup> Pese a ello, España mantiene una tendencia por encima de las 300 infracciones por delito de sustracción internacional de menores, siendo especialmente alto el dato de 2019, con 369 infracciones penales. *Vid.* MINISTERIO DEL INTERIOR. CENTRO NACIONAL DE DESAPARECIDOS DE ESPAÑA. “Informe Anual sobre Personas Desaparecidas en España, 2020”. Recuperado de: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Informe+Personas+Desaparecidas+2020.pdf/19fca169-a401-432e928ca88d23708d04>, p. 41.

<sup>82</sup> Ello sin perjuicio de que la doctrina haya planteado otro tipo de medidas que ayudarían a la prevención. Por ejemplo, configurar registros de menores desaparecidos, o que contengan información acerca de las facultades que los progenitores tienen restringidas en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos, o la creación de listados oficiales se pueda inscribir a los menores para que las autoridades tengan constancia del riesgo de sustraerlos del territorio nacional vedan la posibilidad de dejarles salir del país o impidan expedirles un pasaporte. *Vid.* T. KRUGER. *International Child Abduction. The Inadequacies of the Law*, *op. cit.*, pp. 220-221 y M. L. SOTO RODRÍGUEZ. “La sustracción de menores”, *Diario La Ley*, Núm. 8331, Sección Doctrina, 12 de Junio de 2014, Año XXXV, Ref. D-193, p. 11.

**80.** Los esfuerzos tienen que darse también en aras a evitar que este fenómeno tan traumático en las crisis familiares se produzca. El Derecho de la UE contiene ciertas iniciativas que permiten minorar el agravamiento de la sustracción una vez producida. No obstante, se podría afianzar aún más un enfoque preventivo, aprovechando que existen instrumentos internacionales al respecto. Por ejemplo, podría extenderse en una futura reforma el empleo de la mediación no sólo a los procedimientos de restitución, sino también a cualquier procedimiento sobre crisis matrimonial o responsabilidad parental, con carácter general. También sería interesante que la complementariedad entre el R. 2019/1111 y el CH 80 comprendiera la cooperación entre Autoridades Centrales. E igualmente, sería positivo que se establecieran sinergias con el R. 562/2006 en materia controles transfronterizos de desplazamientos de menores sin autorización de sus progenitores.

**81.** La situación del Reino Unido merece unas breves líneas para cerrar este estudio. Se trata del segundo Estado parte del CH 80 que más solicitudes de restitución registró en el año 2015<sup>83</sup>, de las cuales más de la mitad provenían de Estados Miembros de la UE<sup>84</sup>, con lo cual es relevante mantener una relación de cooperación consolidada con este Estado. Ocurre que desde el 30 de enero de 2020 ha dejado de ser Estado Miembro de la Unión Europea, y a partir del 31 de diciembre de 2020, dejará de aplicar sus actos legislativos<sup>85</sup>, con lo que las novedades del R. 2019/1111 quedan excluidas para las sustracciones que impliquen a este Estado. No obstante, gracias a que el Reino Unido es parte del CH 80, se podrá garantizar cierta continuidad en las relaciones internacionales, con el propósito de combatir la sustracción internacional de menores<sup>86</sup>. Del mismo modo, la inaplicación del nuevo Reglamento en el Reino Unido puede quedar suplida por el *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Vid. N. LOWE y V. STEPHENS. *Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report*, Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>, p. 6, p. 34. Fueron un total de 261 solicitudes registradas por las Autoridades Centrales inglesas en 2015.

<sup>84</sup> Vid. N. LOWE y V. STEPHENS. *Part III — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — National report*, Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/6ca61ff3-5ca6-4fbc-a79a-cb6e7485f4b0.pdf>, p. 131. Se ofrecen un cuadrante de la distribución por Estados del origen solicitudes registradas. Aunque no ofrecen el dato directo, si se suman las provenientes de Estados Miembros de la UE, se obtiene un total de 177 solicitudes, lo que supone un 68,58% del total.

<sup>85</sup> Los arts. 67 y 126 del *Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE núm. C 384I, de 12 de noviembre de 2019)* mantienen la vigencia de los actuales actos legislativos de la Unión Europea hasta el 31 de diciembre de 2020.

<sup>86</sup> Recientemente, la Dirección General de Justicia y Consumo de la Comisión Europea ha publicado un documento que reseña la relación jurídica entre el Reino Unido y la Unión Europea antes y después de que concluya el período transitorio establecido en el Acuerdo de Retirada. En lo que se refiere al Derecho de Familia, el R. 2201/2003 seguirá siendo aplicable para el reconocimiento y ejecución de resoluciones y acuerdos formalizados antes del 31 de diciembre de 2020 y, para procedimientos posteriores, se habrá de estar a los Convenios bilaterales y multilaterales suscritos por Reino Unido, y en su defecto, aplicará su ley nacional. Al respecto, la Dirección recuerda que el CH 80 está suscrito por este Estado. Vid. EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE-GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS. “Notice to Stakeholders. Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of Civil Justice and Private International Law”. Brussels, 27 August 2020 REV2. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit\\_files/info\\_site/civil\\_justice\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/civil_justice_en.pdf), pp. 6 y 10, y nota 43.

<sup>87</sup> BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

# LA TUTELA TRANSFRONTERIZA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

## CROSS-BORDER PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION

MARINA CEDEÑO HERNÁN

*Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid*

*Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)*

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5954>

**Resumen:** Los litigios transfronterizos sobre vulneración de los derechos de la personalidad plantean importantes cuestiones jurídicas tanto en lo que respecta a la competencia internacional como al Derecho aplicable. La exclusión de esta materia del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales confiere a la determinación de la competencia internacional una especial relevancia.

El apartado 2 del artículo 7 del Reglamento Bruselas I bis establece una regla especial de competencia en materia delictual o cuasi delictual, en favor del Estado en cuyo territorio se haya producido o se pueda producir el daño. La determinación de ese lugar no siempre resulta sencilla, en especial si el medio utilizado para la lesión del derecho de la personalidad es internet. En el presente trabajo se analiza la prolífica y, a veces, controvertida jurisprudencia del TJUE sobre la determinación del lugar del daño ex artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis y los nuevos criterios de competencia internacional creados por el Tribunal.

**Palabras clave:** competencia judicial internacional, derechos de la personalidad, Reglamento Bruselas I bis, Reglamento Roma II.

**Abstract:** Cross-border disputes over the rights of individuals raise important legal issues as regards both jurisdiction and applicable law. The exclusion of this matter from the scope of the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations makes the determination of international jurisdiction particularly important.

Article 7(2) of the Brussels I-bis Regulation establishes a special rule of jurisdiction in matters of tort, delict, or quasi-delict, in favor of the State in whose territory the damage occurred or is likely to occur. Determining that place is not easy, especially if the medium used for the injury of the right is the Internet. This paper analyses the prolific and controversial case law of the ECJ on the interpretation of Article 7(2) of the Brussels I-bis Regulation and the new rules of international jurisdiction created by the Court.

**Keywords:** international jurisdiction, rights of the personality, Brussels I-bis Regulation, Rome II Regulation.

**Sumario:** I. Introducción. II. la ausencia de normas de conflicto uniformes en la Unión Europea. III. La falta de normas especiales de competencia en el Reglamento Bruselas I bis. IV. La determinación del «lugar del daño» como criterio de fijación de la competencia judicial internacional. 1.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación «Hacia un proceso civil convergente con Europa: Hitos presentes y retos futuros» (PGC2018-094693-BI00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

La regla de la ubicuidad. 2. La regla del mosaico. 3. Un nuevo fuero de competencia internacional: el centro de intereses de la persona física. A) La adaptación de la jurisprudencia al contexto de internet. B) La determinación del lugar del centro de intereses de la víctima. 4. La extensión del nuevo foro a las personas jurídicas: el centro de intereses de las personas jurídicas. 5. La competencia del tribunal del lugar del daño para decidir sobre acciones de rectificación o supresión de la información presuntamente lesiva. V. La Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre internet y la vulneración de la privacidad: ¿un posible modelo para el legislador de la Unión Europea? 1. El principio holístico, los criterios de fijación de la competencia internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. 2. El Derecho aplicable: la *lex fori* y sus excepciones. VI. A modo de conclusión.

## I. Introducción

1. La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad suscita cuestiones jurídicas complejas que requieren una solución clara y homogénea en la Unión Europea. Como premisa, hay que tener en cuenta que las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se producen en la mayoría de los casos por la colisión de dos derechos fundamentales, previstos tanto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). De un lado, la libertad de expresión y de información, previstas en el artículo 11 de la CDFUE y en el artículo 10 del CEDH. De otro lado, el respeto a la vida privada y familiar, así como a la reputación, contemplados en los artículos 7 y 8 de la CDFUE y en el artículo 8.1 del CEDH.

2. La atribución del carácter de fundamentales tanto a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como a la libertad de expresión y al derecho a la información con los que en muchas ocasiones entran en conflicto condiciona no solo el derecho aplicable sino también el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales por su incidencia sobre el orden público de cada Estado.

3. En todos los países de nuestro entorno se reconocen y protegen estos derechos, pero su configuración y el alcance de su protección difieren de unos a otros. Los ordenamientos han de procurar mantener un difícil equilibrio entre el amparo de los derechos de la personalidad y la garantía de la libertad de expresión. En función del momento y del lugar se puede dar prioridad a alguno de los derechos en liza y, en consecuencia, pueden variar las decisiones sobre la posible vulneración del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. No resulta, por ello, extraño que los perjudicados suelen decantarse por presentar la demanda ante los tribunales de aquellos Estados que den mayor peso a la protección de la intimidad y la reputación frente a la libertad de expresión, pese a que la conexión con esos Estados sea más débil que con otros territorios.

4. Nos encontramos en un momento de extraordinaria expansión de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs) y, en especial, de internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. En esta era digital es posible una difusión potencialmente universal de contenidos difamatorios, así como cierta deslocalización en algunas de las actividades lesivas con la consiguiente dificultad para delimitar la ubicación geográfica del daño al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Se trata, por ello, de un sector de los ilícitos civiles que tiene una evidente dimensión transnacional.

## II. La ausencia de normas de conflicto uniformes en la Unión Europea.

5. Es precisamente el potencial alcance supranacional de la lesión a los derechos de la personalidad el que hace necesario, como punto de partida, una regulación unitaria en cuanto a la ley aplicable con independencia del Estado ante el que se haya planteado el litigio. Las normas de conflicto vigentes

en cada uno de los Estados miembros revelan una diversidad de criterios que es fuente de incertidumbre jurídica. Los factores de conexión que se tienen en cuenta en los Estados son múltiples: la sede del editor, el lugar donde se publicó o editó el producto, el lugar donde se difundió y se dio a conocer a terceros, el lugar donde la víctima goza de notoriedad que, en principio, coincide con su residencia habitual y no han faltado las soluciones en favor de la víctima que permiten a ésta elegir entre varias opciones posibles<sup>1</sup>.

6. La unificación de las normas de conflictos de leyes vigentes en los Estados miembros facilitaría la previsibilidad del resultado de los litigios, la libre circulación de resoluciones judiciales y, en definitiva, la seguridad jurídica.

7. En esta línea, los textos preparatorios del Reglamento 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), sí contenían reglas especiales para los casos de daños a los derechos de la personalidad. La propuesta inicial, contenida en el artículo 7 del Anteproyecto de Propuesta de Reglamento de 3 de mayo de 2002<sup>2</sup>, utilizaba como criterio de conexión la residencia habitual de la víctima porque de esta forma se aseguraba la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al caso. Esta propuesta fue objeto de importantes críticas, en buena medida provenientes de los *lobbies* del sector de los medios de comunicación, con argumentos algo peregrinos como que no es siempre fácil conocer la residencia habitual de las personalidades famosos o que la combinación entre normas de conflicto y normas de competencia podría conducir a una situación en la que los tribunales del Estado de la sede del editor tuvieran que condenar a éste en aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima, pese a que no se hubieran infringido las normas vigentes en el Estado de la sede del editor y ningún ejemplar de la publicación se hubiera difundido en el Estado de residencia de la víctima<sup>3</sup>.

8. La propia Comisión reconoció que el peso de las críticas le hicieron modificar su planteamiento inicial y en su Propuesta de Reglamento de 22 de julio de 2003 resulta evidente el cambio total de óptica. El artículo 6, con términos bastante confusos, remite, en primer lugar, a la regla general del artículo 3 de la Propuesta, es decir, a la ley del país donde se produce o amenaza con producirse el daño a menos que ambas partes tengan su residencia habitual en otro Estado o que el litigio presente vínculos más estrechos con otro Estado. Esta regla general, ya de por sí poco concreta, se completa con otra específica para las obligaciones extracontractuales que resulten de la violación de la intimidad o de los derechos de la personalidad que remite a la ley del foro «cuando la aplicación de la ley designada por el artículo 3 sea contraria a los principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión e información».

9. Resulta llamativo que, en esta ocasión, se resalten los principios fundamentales en materia de libertad de expresión e información y se olvide los derechos no menos fundamentales al honor, a la intimidad o a la propia imagen. En cualquier caso, esa regla especial resultaba del todo inútil porque la Propuesta de Reglamento ya recogía una cláusula de orden público, en su artículo 22, que permitía excluir la aplicación de la ley designada si resulta «manifiestamente incompatible con el orden público del foro»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Una visión general de la diversidad de las normas de conflicto vigentes en los Estados de la Unión Europea puede verse en la «Propuesta de Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)», presentada por la Comisión, de 22 de julio de 2003, COM(2003) 427 final, pp. 18 y sigs.

<sup>2</sup> Documento COM (2003) 427 final.

<sup>3</sup> Estas críticas se recogen en la explicación sobre el contenido del artículo 6 de la «Propuesta de Reglamento relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», presentada por la Comisión con fecha 22 de julio de 2003, pág. 19.

<sup>4</sup> En este sentido, E. TORRALBA MENDIOLA, «La difamación en la era de las comunicaciones: ¿nuevas? Perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Enero de 2012, pág. 7, afirma: «Puesto que los derechos en juego en estos casos son en la generalidad de los Estados miembros de la UE derechos fundamentales y están además recogidos en el CEDH no parece que pudiera haber ninguna duda de que si la ley designada como aplicable por la regla general condujera a un resultado que llevara a la vulneración de derechos considerados esenciales en los Estados miembros (con independencia de que la forma de protegerlos en cada uno de ellos sea diferente) sus tribunales dejarían de aplicar el Derecho extranjero para resolver el supuesto de acuerdo con la ley del foro».

10. El mismo camino siguió el texto aprobado por el Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento que, en su artículo 5, remitía a la Ley del país donde se produzcan los elementos más significativos del hecho dañoso, aunque era mucho más explícita que la Comisión a la hora de concretar qué debe entenderse por lugar del daño<sup>5</sup>.

11. La imposibilidad de llegar a una solución de consenso sobre la ley aplicable a las violaciones de los derechos relacionados con la personalidad tuvo como consecuencia la supresión de la norma específica sobre esta materia en la Posición Común del Consejo<sup>6</sup>.

12. Finalmente, el Reglamento Roma II no solo no contiene una norma especial relativa a la ley aplicable a las infracciones de los derechos de la personalidad sino que excluye expresamente de su ámbito de aplicación «las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, en particular la difamación» (artículo 1.2.g). No es posible, por tanto, buscar una solución al problema de la ley aplicable a las demandas de responsabilidad civil derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad ni siquiera en las normas generales del Reglamento<sup>7</sup>.

13. La ausencia de unas normas de conflicto uniformes en la Unión Europea no es un buen punto de partida para dar respuesta a la cuestión fundamental en la que se centrará este estudio: la determinación de la competencia judicial internacional en las demandas derivadas de la violación de los derechos de la personalidad, en especial en los casos de difamación.

### III. La falta de normas especiales de competencia en el Reglamento Bruselas I bis.

14. La determinación de la competencia judicial internacional en los litigios relativos a la responsabilidad extracontractual derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad reviste una

---

<sup>5</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)). El artículo 5, bajo el rötulo «Violación de la intimidad y de los derechos de la personalidad» dispone: «1. Por lo que se refiere a la ley aplicable a la obligación extracontractual que resulta de una violación de la intimidad o de los derechos de la personalidad, se aplicará la ley del país en el que ocurran o puedan ocurrir el elemento o los elementos más significativos del daño o del hecho dañoso. Cuando la violación tenga su origen en una publicación impresa o en una radiodifusión, debe considerarse que el país en el que ocurran o puedan ocurrir el elemento o los elementos más significativos del daño, es el país al que se destina principalmente una publicación o radiodifusión o, si ello no estuviese claro, el país en el que se ejerce el control editorial, y debe aplicarse la ley de dicho país. El país al que se destina una publicación o radiodifusión deberá determinarse especialmente por la lengua de la publicación o radiodifusión, o el volumen de ventas o los índices de audiencia en un país específico en relación proporcional con las cifras totales de ventas o de audiencia, o una combinación de estos factores. Esta disposición se aplicará, mutatis mutandis, a las publicaciones en Internet y otras redes electrónicas. 2. La ley aplicable al derecho de respuesta o a las medidas equivalentes y a toda medida preventiva o todo interdicto prohibitorio contra un editor de prensa escrita o un organismo de radiodifusión respecto del contenido de una publicación o radiodifusión es la del país donde el editor de prensa escrita u organismo de radiodifusión tenga su residencia habitual. 3. El apartado 2 se aplicará también a las violaciones de la intimidad o de los derechos de la personalidad derivadas del tratamiento de datos personales».

La misma propuesta se recogió en el artículo 7 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“ROMA II”) (9751/7/2006 – C6-0317/2006 – 2003/0168 (COD)).

<sup>6</sup> Posición Común (CE) n.º 22/2006, de 25 de septiembre de 2006, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II).

<sup>7</sup> No obstante, resulta tan evidente que el problema no se solucionará por la vía de excluirlo del Reglamento que el propio legislador europeo parece dejar la puerta abierta a una regulación futura cuando en su artículo 30.2, bajo el rötulo «cláusula de revisión», insta a la Comisión a presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad. Este informe se publicó en febrero de 2009 y en él quedan patentes las discrepancias entre los ordenamientos de los Estados en la regulación de esta cuestión.

particular complejidad. En la Unión Europea, el Reglamento Bruselas I bis<sup>8</sup>, norma fundamental en la materia, no contiene un fuero de competencia específico relativo a los ilícitos civiles derivados de la vulneración del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de la responsabilidad extracontractual necesitados también de un tratamiento especial.

**15.** La ausencia de fueros especiales de competencia unida a la falta de armonización del Derecho sustantivo y de las normas de conflicto suscita importantes dificultades en la litigación internacional. En este contexto, la delimitación clara de la competencia judicial internacional resulta esencial, pues serán las normas de Derecho internacional privado del Estado competente las que determinarán el Derecho sustantivo aplicable, así como los límites a la eventual aplicación de normas sustantivas extranjeras si ha de entrar en juego el orden público estatal. No cabe duda, por tanto, de que el binomio *forum-ius* resulta crucial en este ámbito<sup>9</sup>.

**16.** En ausencia de un régimen especial de competencia internacional en las acciones derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad, se aplicarán las normas generales del Reglamento Bruselas I bis en materia de responsabilidad extracontractual.

**17.** El artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis atribuye a los tribunales «del lugar donde se hubiera producido o pueda producirse el hecho dañoso» la competencia para conocer de la «materia delictual o cuasi delictual». Nos encontramos ante un foro de ataque que ofrece al demandante una alternativa al fuero general del domicilio del demandado, previsto en el artículo 4, cuando el lugar del daño se encuentre en un Estado miembro de la Unión.

**18.** Ambos fueros tienen carácter subsidiario respecto de la «prórroga de la competencia», prevista en los artículos 23 y 24 del Reglamento Bruselas I bis, que permite mediante el juego de la autonomía de la voluntad de las partes atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado.

**19.** En materia de responsabilidad extracontractual en general, y en el de los ilícitos civiles derivados de la vulneración de los derechos de la personalidad en particular, el juego de la sumisión expresa es prácticamente inexistente. Resulta evidente que este tipo de responsabilidad surge sin que exista una relación previa entre las partes y, por tanto, no habrá posibilidad de un acuerdo de sumisión expresa previo al nacimiento de la controversia. Una vez surgido el problema, las partes no suelen estar motivadas para hacer un pacto de atribución de la competencia, aunque, al menos en teoría, ese acuerdo sería válido y eficaz. En definitiva, ni *a priori* ni *a posteriori* la sumisión expresa suele ser una herramienta útil para fijar el tribunal con competencia internacional.

**20.** No sería, sin embargo, descartable en este ámbito la eficacia de la sumisión tácita. Si el demandante presenta su demanda ante los tribunales de un determinado Estado y el demandado comparece ante los tribunales de ese Estado sin impugnar su competencia judicial internacional, está manifestando implícitamente su voluntad de que el asunto se someta al conocimiento de esos tribunales. Esta «prórroga de la competencia» no plantea especiales dificultades en los casos de vulneración de los derechos de la personalidad.

**21.** En defecto de sumisión, quien haya sufrido o pretenda evitar sufrir un daño puede elegir entre presentar la demanda ante los tribunales del Estado donde el demandado tenga su domicilio o ante los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el daño. El domicilio del demandado es el criterio básico de atribución de competencia internacional en la mayoría de los ordenamientos

<sup>8</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.

<sup>9</sup> En este sentido, C. I., CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 82.

procesales europeos. Se trata del «fuero de defensa» por excelencia que tiene la ventaja de permitir un alto grado de previsibilidad en la fijación del Estado miembro a cuyos tribunales se les atribuye la competencia internacional.

**22.** Este fuero general sí puede resultar adecuado para determinar el tribunal competente en las demandas basadas en la lesión de los derechos de la personalidad y, además, permitirá aunar en un único proceso y ante un único tribunal la reclamación por todos los daños que se hubieran producido, aunque se hubieran materializado en Estados distintos. Se facilita, pues, la concentración de las acciones ante los tribunales de un único Estado, lo cual resulta especialmente útil cuando el medio utilizado para la lesión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen tiene un alcance casi universal como es internet<sup>10</sup>. Y, desde luego, no resulta tampoco desdeñable la ventaja que supone para la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, pues, por lo general, el demandado tendrá sus bienes en el territorio donde se encuentre su domicilio.

**23.** Sin embargo, cuando el medio utilizado para la lesión de los derechos de la personalidad es el entorno virtual se pueden plantear ciertas dificultades en la práctica para la determinación del domicilio del demandado. Las actividades desarrolladas mediante el uso de internet permiten en ciertos casos el anonimato y es evidente que eso dificultará conocer la identidad del responsable o la localización de su domicilio.

**24.** Esta indeterminación puede suponer un problema no solo para la fijación del fuero general de competencia sino también para la aplicación del propio sistema de competencia internacional establecido en el Reglamento Bruselas I bis<sup>11</sup>. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro solo se aplicará en parte el Reglamento y, en lo que ahora interesa, no será de aplicación el fuero de competencia en materia de responsabilidad extracontractual del artículo 7.2.

**25.** Sobre este particular tiene mucha relevancia la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo en la STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto *G c. Cornelius de Visser* (C-292/10), ECLI:EU:C:2012:142<sup>12</sup>. El demandante ejercita una acción de responsabilidad extracontractual por la gestión de un sitio de internet en el que se publicaron sin su autorización unas fotografías frente a un demandado que es probablemente ciudadano de la Unión, pero que se halla en paradero desconocido. El órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial pregunta, entre otras cosas, cómo deben interpretarse los términos «no estuviere (el demandado) domiciliado en un Estado miembro» que, en virtud del artículo 4, apartado 1, del Reglamento 44/2001, condicionan la aplicación de las normas de competencia nacionales en lugar de las normas uniformes de dicho Reglamento.

**26.** El TJUE estima que solo cabe la aplicación de las reglas nacionales en lugar de las reglas uniformes de competencia «si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que el demandado, ciudadano de la Unión no domiciliado en el Estado miembro de dicho órgano jurisdiccional, está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión». Si no concurren estos «indicios probatorios», la competencia internacional del órgano jurisdiccional de un Estado miembro «se establece, con arreglo al Reglamento nº 44/2001, cuando se cumplen los requisitos de aplicación de alguna de las reglas de competencia establecidas por dicho Reglamento, y entre ellas, en particular, la de su artículo 5, número 3, relativa a la materia delictual o cuasidelictual»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cfr., C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales...*, cit., p. 98.

<sup>11</sup> El domicilio del demandado no es solo un fuero de competencia sino también el criterio básico para delimitar el ámbito espacial de aplicación del sistema de competencia judicial internacional regulado en el Reglamento Bruselas I bis. Así, el artículo 6 del Reglamento dispone: «Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25. 2».

<sup>12</sup> Un comentario sobre la misma puede verse en C. I. CORDERO ÁLVAREZ, «Infracción de derechos de la personalidad por publicación de fotografías en internet», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, 2012, págs. 221 a 224.

<sup>13</sup> Una interpretación similar había hecho con anterioridad el mismo Tribunal en la STJUE de 17 de noviembre de 2011,

27. La aplicación de las reglas uniformes de competencia «es conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con el objetivo de dicho Reglamento consistente en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prevenir razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado».

28. El TJUE hace una interpretación claramente favorable a la prevalencia de la normativa europea sobre las normas nacionales de competencia judicial internacional y, aunque referida al Reglamento 44/2001, esta doctrina resulta aplicable en el nuevo marco normativo del Reglamento Bruselas I bis que, en este punto, reproduce la misma regulación que su antecesor. En consecuencia, pese a que no se pueda determinar con exactitud el domicilio del demandado, nacional de un Estado de la Unión, se podrá aplicar el fuero de competencia en materia de responsabilidad extracontractual siempre que no existan «indicios probatorios» de que el demandado está efectivamente domiciliado en un Estado no miembro de la Unión Europea.

#### IV. La determinación del «lugar del daño» como criterio de fijación de la competencia judicial internacional

29. El criterio principal del Reglamento Bruselas I bis en materia de obligaciones extracontractuales se encuentra en el artículo 7.2 en cuya virtud los domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados en otro Estado miembro «en materia delictual o cuasidelictual ante el tribunal del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso»<sup>14</sup>.

30. Este fuero de competencia tiene su fundamento en lo que la doctrina ha denominado «principio de proximidad» en la medida en que el tribunal del lugar del daño será el más cercano a los hechos que motivan el litigio y podrá llegar a una decisión de fondo más efectiva. Se trata de un fuero de competencia alternativo al del domicilio del demandado por razón de la estrecha conexión entre el órgano jurisdiccional y el litigio en cuestión y porque además facilita la buena administración de justicia.

---

asunto *Hypoteční banka* (C-327/10), ECLI:EU:C:2011:745. Esta Sentencia trae causa de un proceso de reclamación de cantidad derivada de un crédito hipotecario frente a un consumidor cuyo domicilio se desconoce. El Tribunal de Luxemburgo afirma lo siguiente: «A la vista de lo anteriormente señalado, procede considerar que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración, el cual establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio, renuncia a su domicilio antes de la interposición de una acción en su contra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el último domicilio conocido del consumidor son competentes, en virtud del artículo 16, apartado 2, del Reglamento nº 44/2001, para conocer de dicha acción en caso de que no logren determinar, con arreglo al artículo 59 del mismo Reglamento, el domicilio actual del demandado ni dispongan tampoco de indicios probatorios que les permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión». En apoyo de esta postura, el Tribunal argumenta que «...al privilegiar la aplicación de las reglas uniformes establecidas en el Reglamento nº 44/2001 frente a las divergentes reglas nacionales, dicha solución permite evitar que el hecho de que sea imposible localizar el domicilio actual del demandado impida determinar el órgano jurisdiccional competente y prive de este modo al demandante de su derecho a la tutela judicial. Tal situación podría producirse concretamente en un supuesto como el del litigio principal, en el que un consumidor que, en virtud del artículo 16, apartado 2, de dicho Reglamento, debería ser demandado ante los tribunales del Estado miembro en el que está domiciliado, renuncia a su domicilio antes de que se interponga la acción en su contra».

En este caso, no solo se considera aplicable el sistema de competencia internacional del Reglamento, sino también el fuero especial en materia de consumidores que remite al domicilio del consumidor, entendiéndose por tal el último domicilio conocido. Esta doctrina resulta plenamente aplicable en el marco del Reglamento Bruselas I bis que es idéntico en este aspecto al Reglamento 44/2001.

<sup>14</sup> En múltiples Sentencias, el TJUE ha afirmado que el concepto de «materia delictual o cuasidelictual» requiere una interpretación autónoma con el fin de garantizar una aplicación uniforme del precepto en todos los Estados. El Tribunal de Luxemburgo ha manifestado que nos encontramos ante un fuero de carácter subsidiario y residual que comprende «toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual». Esta doctrina se expone con claridad en la Sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto *Kalfelis c. Banco Schröder* (C-189/87), ECLI:EU:C:1988:459.

31. En este sentido, el Considerando 16 del Reglamento Bruselas I bis dispone « La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente. Este aspecto reviste particular importancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación».

32. El problema que plantea la aplicación de esta regla es el de la concreción del lugar donde se ha producido el daño. En muchas ocasiones, la determinación de ese vínculo será una cuestión puramente fáctica que no requiere de una especial hermenéutica. Sin embargo, no resulta extraño que se produzca una disociación entre el lugar de origen del daño, es decir, donde se produjo el hecho causal del daño, y el lugar del resultado, es decir, donde se ha producido la lesión o intromisión en el bien jurídico protegido. Tampoco han faltado casos en los que la conducta y/o el resultado dañoso se pueden localizar en varios Estados. En estas situaciones, la concreción del *forum delicti commissi* se torna mucho más compleja.

33. Es precisamente en el ámbito de los derechos de la personalidad donde nos podemos encontrar los ejemplos más claros de dificultades a la hora de concretar el lugar del daño. Cuando el medio empleado para difundir la información lesiva tiene un alcance potencialmente global, como es el caso de internet, el lugar del daño tiende a deslocalizarse por la disociación entre la conducta de origen y la materialización del daño o por la concurrencia de una pluralidad de daños manifestados en distintos Estados. Se trata de un problema que no se puede calificar, ni mucho menos, de excepcional, dado que en un mundo globalizado como el actual buena parte de las actividades lesivas del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen tienen lugar por la publicación y difusión de informaciones o imágenes lesivas en el medio digital.

34. Situaciones como la que se acaba de describir son fuentes de inseguridad jurídica porque el fuero de competencia internacional del Reglamento Bruselas I bis no es suficiente por sí solo para aclarar a qué Estado corresponde conocer de un asunto. Se hace necesaria, pues, una labor interpretativa a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que consiga un doble objetivo: garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva tanto de la víctima como del causante de la lesión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen y también asegurar la previsibilidad del tribunal competente.

## 1. La regla de la ubicuidad

35. La primera resolución en la que el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse acerca de la interpretación del fuero del lugar del daño en un supuesto de disociación entre la conducta lesiva y el resultado dañoso es la Sentencia de 30 de noviembre de 1976, asunto *Mines de Potasse (C-21/76)*, ECLI:EU:C:1976:166.

36. Los hechos que están en la base del litigio en el que se inscribe esta Sentencia no tienen que ver con la lesión de los derechos de la personalidad, sino con un caso de daños al medio ambiente por contaminación de las aguas, en el que la conducta de origen, consistente en unos vertidos de residuos salinos, y el resultado dañoso, manifestado en la contaminación de cultivos hortícolas, se sitúan en diferentes Estados de la Unión Europea. En estas circunstancias, el *Gerechtshof* (Tribunal de Apelación) de La Haya planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de dónde debía entenderse producido el daño a efectos de determinar el tribunal competente.

37. El Tribunal de Justicia comienza resaltando que los fueros especiales de competencia internacional enumerados en el entonces Convenio de Bruselas constituyen alternativas al foro general del domicilio del demandado y se justifican por la conexión particularmente estrecha entre el litigio y el órgano jurisdiccional. En relación con el supuesto concreto planteado, el Tribunal estima que tanto el

lugar del hecho causante como el lugar donde se materializa el daño pueden constituir, según los casos, una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial. La responsabilidad delictual o cuasidelictual solo surge cuando pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina y, teniendo en cuenta la estrecha relación entre los distintos elementos constitutivos de la responsabilidad, no parece adecuado optar por uno de los puntos de conexión y excluir el otro.

**38.** El Tribunal de Justicia recurre a la «gran diversidad de tipos de responsabilidad» que pueden englobarse dentro de la materia delictual o cuasidelictual como apoyo de su decisión, pues entiende que, según las circunstancias de cada caso, puede ser útil desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso acudir a uno u otro de los puntos de conexión.

**39.** La imposibilidad de decantarse *a priori* por una de las dos opciones resulta abonada por la consideración de que si se eligiera con carácter exclusivo el lugar del hecho causante, muchas veces éste coincidiría con el fuero del domicilio del demandado, con lo que ese fuero especial perdería todo su efecto útil. Y, por el contrario, si se eligiera únicamente el lugar donde se ha materializado el daño «ocasionaría, en los casos en que el lugar del hecho causante no coincida con el domicilio de la persona responsable, la exclusión de una conexión apropiada con la competencia de un órgano jurisdiccional particularmente próximo a la causa del daño».

**40.** La conclusión que se deriva de esta argumentación es que «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» debe interpretarse en el sentido de que se reconozca al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante<sup>15</sup>.

**41.** La decisión adoptada por el Tribunal de Justicia se aparta de la propuesta por el Abogado General en sus Conclusiones, presentadas el 10 de noviembre de 1976, en las que manifestó que tanto la letra como el espíritu de la norma se oponen a una solución cumulativa que deje al demandante la elección entre el tribunal del lugar del comportamiento y el del lugar de manifestación del daño. No es conforme con la letra porque el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas se refiere al «tribunal del lugar» en el que se hubiera producido el hecho dañoso y, por tanto, debe ser «un solo tribunal y un solo lugar», excluyendo la eventualidad de que la competencia para conocer de un mismo evento dañoso se atribuya a una pluralidad de tribunales. Y no es conforme con el espíritu porque la finalidad de la normativa común es «realizar una distribución de la competencia internacional entre los distintos Estados según un criterio distributivo, para limitar y no ampliar la extensión de la competencia de cada uno de ellos donde ya exista un fundamento objetivo para atribuir la competencia a otro»<sup>16</sup>.

**42.** En todo caso, la solución salomónica por la que se decanta el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Mines de Potasse* no resulta la más idónea para los casos de vulneración de los derechos de la personalidad ni en general para los litigios por daños localizados en varios Estados. Así, en los supuestos de publicaciones difamatorias, en especial en el entorno virtual, nos encontraremos con una multitud de tribunales potencialmente competentes conforme al fuero del lugar del daño<sup>17</sup>. No resulta, por ello, extraño que el Tribunal de Justicia haya matizado su doctrina en posteriores resoluciones.

<sup>15</sup> Un amplio estudio sobre el fundamento y las implicaciones de la tesis de la ubicuidad puede verse en A. L., CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», en Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 86 y sigs.

<sup>16</sup> El Abogado General remite a la doctrina de Sentencia de 6 de octubre de 1976, asunto *De Bloos* (14/76) en la que se afirma que los objetivos del Convenio «implican la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la multiplicidad de criterios de competencia judicial en relación con un mismo contrato». Esta misma observación «debe ser igualmente válida si nos hallamos en presencia de un hecho ilícito y no de un contrato».

<sup>17</sup> En los casos de publicaciones lesivas por el medio virtual, A. L., CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho Internacional Privado...», cit., p. 93, señalan que el origen del daño se sitúa en el «lugar donde el responsable toma y ejecuta la decisión de difundir ciertos contenidos en un determinado sitio de Internet».

## 2. La regla del mosaico

43. El siguiente paso en la construcción de un concepto autónomo del foro del «lugar del daño» se da con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1995, asunto *Shevill* (C-68/93), ECLI:EU:C:1995:61, que se refiere, esta vez sí, a un caso de difamación por medio de la prensa.

44. El asunto surge como consecuencia de la publicación en un diario francés, *France-Soir*, de un artículo relativo a una operación efectuada por la brigada de estupefacientes de la policía francesa en una de las oficinas de cambio explotadas en París por *Chequepoint SARL* en el que se sugería que formaban parte de una red de tráfico de drogas para la cual había efectuado operaciones de blanqueo de dinero. En el artículo se mencionaba a una de sus trabajadoras, la Sra. *Shevill*<sup>18</sup>, que parecía también implicada en los hechos delictivos. La Sra. *Shevill*, *Chequepoint SARL*, *Ixora Trading Inc.*, y *Chequepoint International Ltd*<sup>19</sup> instaron, el 17 de octubre de 1989, ante la *High Court of England and Wales*, una acción por difamación contra *Presse Alliance SA* reclamando daños y perjuicios por los ejemplares de *France-Soir* distribuidos tanto en Francia como en los demás países europeos, incluidos los vendidos en Inglaterra y en el País de Gales, aunque después modificaron sus pretensiones para limitar su reclamación a los perjuicios producidos en Inglaterra y País de Gales<sup>20</sup>.

45. La empresa demandada impugnó la competencia de la *High Court of England and Wales* para conocer del litigio, alegando que, con arreglo al artículo 5.3 del Convenio de Bruselas, los tribunales franceses eran los competentes para conocer del proceso ya que el «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» era Francia. Dicha impugnación fue rechazada tanto en primera instancia como en apelación y, finalmente, llegó a la *House of Lords* que decidió plantear las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo. El problema fundamental que se somete a la consideración del Tribunal de Justicia consiste en dilucidar qué se entiende por «lugar del daño» a efectos de fijar la competencia internacional en un caso de difamación por medio de la prensa distribuida en varios Estados: ¿será el lugar donde el periódico se imprime y distribuye?, ¿el lugar o lugares donde los particulares leen ese periódico? o ¿el lugar o lugares en los que el demandante goce de buena reputación?

46. El Tribunal toma como premisa las conclusiones de la Sentencia *Mines de Potasse* que considera plenamente válidas en caso de perjuicios no patrimoniales «como los causados a la fama y a la consideración de una persona física o jurídica por una publicación difamatoria». El Tribunal, igual que sucedió en el asunto *Mines de Potasse*, estimó que se produce una disociación entre el hecho generador del daño y el lugar donde el daño se manifiesta, pero con la importante diferencia de que en esta ocasión se trata de daños inmateriales y plurilocalizados.

47. La primera conclusión relevante a la que llega el Tribunal es que en este caso de difamación por un artículo de prensa difundido en varios Estados, el lugar del hecho causal «solo puede ser el del lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida, en la medida en que constituye el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido». Lo importante a efectos de determinar el origen del daño es la acción que causa directamente ese daño y que sirve de fundamento a la pretensión del dañado, sin que tengan relevancia los actos meramente preparatorios, aunque se produzcan dentro de la cadena causal<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> La señora *Shevill* tenía su domicilio en Inglaterra, pero había estado tres meses trabajando en París para *Chequepoint SARL*.

<sup>19</sup> *Ixora Trading Inc.* explota oficinas de cambio en Inglaterra desde 1974 bajo el nombre de «*Chequepoint*» y *Chequepoint International Ltd* es sociedad holding belga con domicilio social en Bruselas, que controla *Chequepoint SARL* e *Ixora Trading Inc.*

<sup>20</sup> En el Derecho inglés existe una presunción de perjuicio en materia de difamación, los demandantes no tuvieron que aportar la prueba del perjuicio derivado de la publicación del artículo controvertido.

<sup>21</sup> En este sentido, M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, 2ª edición, 2007, p. 191, que se refieren a la «teoría del último acto».

48. La determinación del acto generador del daño en un caso de difamación por medio de la prensa escrita puede resultar compleja como demuestra la diversidad de respuestas que se han dado por parte de la doctrina, que fundamentalmente oscilan entre la publicación o edición de la noticia o la distribución de la misma, es decir, la puesta a disposición de esa noticia a terceros. De entre las diversas opciones, el Tribunal de Justicia se ha decantado por la publicación o edición como evento causal y considera el lugar del establecimiento del editor como punto de conexión relevante para la atribución de la competencia internacional. Este planteamiento suscita alguna duda porque el lugar de edición o publicación no siempre coincidirá con el establecimiento del editor<sup>22</sup>. Se plantea, por ello, si el Tribunal de Justicia ha pretendido objetivar el establecimiento del editor como el lugar del evento causal en los casos de difamación o si ha optado por el establecimiento del editor en este caso concreto porque es ahí donde se producen todos los actos necesarios para la puesta en circulación de la publicación. Esta última interpretación, que parece la más correcta, no obstaría a que si en otro caso diferente el lugar de publicación fuera distinto del establecimiento del editor, sería ese otro y no el establecimiento del editor el punto de conexión a efectos de determinar la competencia internacional<sup>23</sup>.

49. En todo caso, no se puede ignorar que habitualmente coincidirán el lugar del origen del daño con el lugar donde el demandado tenga su domicilio. Así, en los casos de difamación internacional, el lugar de edición de la publicación difamatoria suele coincidir con el lugar donde la empresa editora tiene su sede social. Por tanto, no estaremos en la mayoría de los casos ante una verdadera alternativa al fuero general del domicilio del demandado.

50. El segundo aspecto importante al que se refiere la sentencia es el lugar de materialización del daño que se concreta en «el lugar donde el hecho causal, que genera la responsabilidad delictual o cuasidelictual de su autor, ha producido sus efectos dañosos en relación con la víctima» y, en un caso de difamación internacional, el ataque al honor y a la reputación de una persona física o jurídica «se manifiesta en los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida»<sup>24</sup>. Se considera, por tanto, lugar del daño cada uno de los Estados en los que la publicación se ha difundido siempre que el perjudicado sea allí conocido<sup>25</sup>.

51. Tanto el lugar del hecho causal como el lugar de materialización del daño se consideran puntos de conexión suficientes para justificar la competencia internacional del Estado. Hasta aquí la Sentencia *Shevill* no hace otra cosa que aplicar la doctrina sentada en la Sentencia *Mines de Potasse*. Sin embargo, el Tribunal no se limita a esto sino que da un paso más y delimita el alcance de la competencia de cada jurisdicción estatal. Los tribunales del Estado del establecimiento del editor, como lugar del hecho causal, tienen competencia para conocer de «la acción de reparación por la integridad del perjuicio causado por el acto ilícito». Los tribunales de cada Estado en el que se haya difundido la publicación difamatoria y donde la víctima alegue haber sufrido un perjuicio «son competentes para conocer de los daños causados en dicho Estado a la reputación de la víctima». Se aparta en este aspecto de la Sentencia

---

<sup>22</sup> A este respecto A., SARAVALLE, «Forum damni o fora damni», *Il Foro Italiano*, 1995, IV, págs. 332 a 340, quien firma que el establecimiento del editor puede estar situado en sitio distinto de donde se publica realmente la noticia. Así, por ejemplo, en el caso de ediciones locales de periódicos de difusión internacional, como el *Financial Times* o *Herald Tribune*.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, J., MASEDA RODRÍGUEZ, «Difamación por medio de prensa con daños en varios Estados: el *locus delicti commissi* a efectos de competencia judicial internacional en el ámbito espacial europeo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4/2009, págs. 745 y sigs.; y M., VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil...*, cit., pág. 193.

<sup>24</sup> El Abogado General, Sr. Marco Darmon, en sus Conclusiones, presentadas el 14 de julio de 1994, analizó la posibilidad de equiparar el lugar del daño con el domicilio de la víctima, como proponía un sector doctrinal (apartados 42 y sigs.). Sin embargo, esta interpretación se rechaza porque «...consagrar dicho fuero equivaldría a conferir la competencia al *forum actoris*, criterio que, como este Tribunal ha recordado en numerosas ocasiones, no goza del favor del Convenio. Así, en la sentencia *Dumez France y Tracoba*, este Tribunal cuidó de recordar que el Convenio manifiesta la preferencia del criterio del domicilio del demandado».

<sup>25</sup> Solo son relevantes las víctimas directas y los daños directos, no los indirectos o derivados de los primeros. En este sentido, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho Internacional Privado...», cit., p. 97 y sigs.

*Minas de Potassa* que situaba en plano de igualdad el alcance de la competencia del tribunal de origen del daño y del tribunal de materialización del daño, ambos podían conocer de la acción de reparación por la totalidad del perjuicio ocasionado a la víctima. Sin embargo, no debe perderse de vista que en el asunto *Minas de Potassa* el perjuicio se había ocasionado en un único Estado y en el asunto *Shevill* nos encontramos ante daños localizados en varios Estados. Esta diferencia no es, desde luego, baladí.

**52.** El demandante, por tanto, puede acumular todas sus pretensiones resarcitorias ante los órganos jurisdiccionales del Estado donde el demandado tenga su domicilio o donde se encuentre el establecimiento del editor de la publicación<sup>26</sup> o puede acudir a los tribunales de cada Estado donde la publicación haya sido difundida y la víctima haya sufrido un ataque a su reputación para reclamar únicamente por los perjuicios sufridos en ese Estado.

**53.** La decisión adoptada por el Tribunal de Luxemburgo coincide con la propuesta por el Abogado General en sus Conclusiones, en las que se barajaron también otras opciones en lo que se refiere al alcance de la competencia del tribunal del lugar del daño. Así, se planteó la solución, propuesta por parte de la doctrina, de reconocer la competencia concurrente del tribunal del lugar del hecho causal y del tribunal del lugar de la producción del daño, de modo que la víctima pudiera demandar por la totalidad del daño sea cual sea el lugar en que éste se haya producido y no solo por el daño acaecido en el territorio nacional del órgano jurisdiccional<sup>27</sup>. Sin embargo, esta interpretación se descarta por dos razones. La primera por el riesgo de *forum shopping* en la medida en que la víctima se decantará por el foro del lugar en el que pueda obtener una reparación más satisfactoria. La segunda porque si el órgano jurisdiccional del lugar de uno de los daños pudiera conocer de la acción de reparación por daños acaecidos en otros Estados miembros desaparecería el vínculo de proximidad entre el foro y el litigio que es el fundamento último de esta competencia especial<sup>28</sup>.

**54.** No se considera tampoco asumible la propuesta de centralizar en el tribunal del lugar donde se haya producido el «daño principal» la competencia para decidir sobre la totalidad de los daños producidos en cualquiera de los Estados miembros. Esta interpretación se fundamenta en la extensión de la doctrina sentada por la Sentencia de 15 de enero de 1987, asunto *Shenavai* (C-266/85), ECLI:EU:C:1987:11, que en un litigio referido a varias obligaciones derivadas de un mismo contrato estimó que la competencia se ha de determinar de acuerdo con el principio según el cual lo accesorio sigue a lo principal y, por tanto, será la obligación principal la que sirva como punto de conexión para fijar la competencia. El Abogado General rechaza esta opción porque supondría «vincular la competencia del Juez a la apreciación del fondo del litigio» y no resultará en muchos casos sencillo determinar dónde se ha producido ese «daño principal»<sup>29</sup>. No se trata de un criterio claro y con un grado suficiente de objetividad que permita una aplicación uniforme en todos los Estados de la Unión Europea.

**55.** En definitiva, la aportación fundamental de la Sentencia *Shevill* está en reconocer una extensión diferente a la competencia del tribunal en función de que se trate del órgano jurisdiccional del lugar del hecho causal o del órgano jurisdiccional del lugar de producción del daño. Esta doctrina, conocida como «regla del mosaico»<sup>30</sup>, tiene como inevitable consecuencia la «atomización» de la competencia

<sup>26</sup> El establecimiento del editor y el domicilio del demandado (que será, normalmente, el propio editor) serán en muchos casos coincidentes. Así lo reconoce la propia Sentencia *Shevill* (apartado 26). No obstante, algunos autores se muestran favorables a incluir dentro de ese concepto de «establecimiento del editor» a los establecimientos secundarios con el fin de dar una opción más al demandante para la protección de sus intereses. En este sentido, J., SÁNCHEZ SANTIAGO y J.J., IZQUIERDO PERIS, «Difamar en Europa: las implicaciones del asunto *Shevill*», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, núm. 1/1996, p. 152.

<sup>27</sup> Cfr., apartados 30 a 32 de las Conclusiones, en las que se recoge esta interpretación propuesta por parte de la doctrina alemana.

<sup>28</sup> Cfr., apartados 65 y sigs. de las Conclusiones.

<sup>29</sup> Cfr., apartados 80 y sigs. de las Conclusiones.

<sup>30</sup> Un extenso análisis sobre la teoría del mosaico y sus implicaciones puede verse en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, «El Derecho Internacional Privado...», cit., pp. 96 y sigs.

y así lo reconoce la propia Sentencia cuando afirma que «la apreciación de los distintos aspectos de un mismo litigio por distintos órganos jurisdiccionales presenta inconvenientes».

56. Estos inconvenientes son mucho más evidentes si la difamación no se produce a través de un artículo de prensa, como en esta ocasión, sino por el medio virtual con un alcance potencialmente universal. La multiplicación de los foros de competencia podría conducir a una sucesión de procesos en cada uno de los Estados en los que el contenido difamatorio es accesible a través de internet y con el inconveniente añadido de la falta de armonización de las normas de conflicto y del derecho sustantivo aplicable para resolver sobre el fondo. Esta situación se aleja mucho de los fines de la buena administración de justicia y de la previsibilidad de los criterios de atribución de competencia a la que aspira la normativa europea.

### 3. Un nuevo fuero de competencia internacional: el centro de intereses de la persona física

57. Un hito importante en la delimitación del fuero del lugar del daño en los litigios por vulneración de los derechos de la personalidad lo representa la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados *eDate Advertising/Olivier Martínez* (C-509/09 y C-161/10), ECLI:EU:C:2011:685. Es la primera ocasión en la que el Tribunal de Luxemburgo se mete de lleno en la problemática que representa la delimitación de la competencia internacional en los casos de lesión del derecho al honor o a la intimidad por la información publicada a través de internet<sup>31</sup>.

58. El primero de los asuntos de los que trae causa esta Sentencia se refiere a la publicación en un portal de Internet, gestionado por la sociedad *eDate Advertising*, radicada en Austria, de información sobre los recursos interpuestos por dos personas que habían sido condenadas por un órgano jurisdiccional alemán a cadena perpetua por el asesinato de un conocido actor. Uno de los aludidos presentó demanda ante los órganos jurisdiccionales alemanes para que instaran a dicha empresa a dejar de vincular su nombre completo con el crimen cometido. Se ejercita, por tanto, una acción de cesación. En este contexto, *eDate Advertising* niega la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales alemanes para pronunciarse sobre ese litigio puesto que considera que solo puede ser demandada ante los tribunales austriacos.

59. El segundo de los asuntos hace referencia a un texto redactado en lengua inglesa y publicado en el sitio de Internet del periódico británico *Sunday Mirror* en el que se daban detalles sobre un encuentro entre una cantante australiana y un actor francés. Este último y su padre entablaron en Francia una acción judicial contra la sociedad británica MGN, editora del *Sunday Mirror*, para lograr la reparación de los daños causados por la intromisión en su vida privada. La sociedad demandada niega la competencia internacional del tribunal francés ya que estima que no hay una vinculación suficiente entre la publicación en Internet en el Reino Unido y el daño alegado en territorio francés.

60. El Tribunal Federal de Justicia de Alemania y el *Tribunal de Grande Instance* de París, plantearon al Tribunal de Justicia sendas cuestiones prejudiciales para preguntar en esencia cómo debía interpretarse el fuero del lugar del daño en caso de lesiones de los derechos de la personalidad a través de los contenidos publicados en un sitio de Internet y si se ha de aplicar o no en este contexto la doctrina de la Sentencia *Shevill*.

---

<sup>31</sup> Sobre los problemas derivados de internet y la protección de la privacidad, cfr., entre otros, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Madrid, Colex, 2001 y, entre la doctrina extrajera, O. FERACI, «Diffamazione internazionale a mezzo di Internet: quale foro competente? Alcune considerazioni sulla sentenza ‘eDate’», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, pp. 461-469 ó G. ZARRA, «Conflitti di giurisdizione e bilanciamento dei diritti nei casi di diffamazione internazionale a mezzo internet», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, pp. 1234-1262.

## A) La adaptación de la jurisprudencia al contexto de internet

61. El Tribunal de Justicia comienza reconociendo las evidentes diferencias entre la publicación de contenidos en internet y su difusión a través de un medio de comunicación impreso. En la red desaparece la fragmentación territorial de la información porque el «ciberespacio» carece de fronteras y límites y permite globalizar la comunicación. También se difumina la dimensión temporal de la información porque los contenidos permanecen, en principio, indefinidamente en internet y pueden ser consultados por un número indefinido de usuarios en todo el mundo, con independencia de la intención del emisor de la noticia.

62. Estas particularidades tienen como consecuencia que con internet se «reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión» porque su alcance es, en principio, universal y «no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro emisor particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro». Con estos términos parece (pero solo parece) que el Tribunal de Justicia está descartando que la mera accesibilidad a los contenidos difamatorios o lesivos del derecho a la intimidad constituya un punto de conexión suficiente para justificar la competencia internacional de un Estado. Sin embargo, como después se verá, no es ésta la conclusión que se puede extraer de la Sentencia sino justamente la contraria.

63. En todo caso, el Tribunal de Justicia reconoce las dificultades de aplicar el criterio del lugar del daño, consagrado en la Sentencia *Shevill*, en el contexto de internet y, por ello, estima que es necesaria una adaptación que permita a la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de internet acudir «en función del lugar en el que se haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño». Esa adaptación se alcanza mediante un nuevo concepto: el «centro de intereses de la víctima». Ese nuevo criterio de atribución de competencia internacional se justifica en atención a la gravedad de la lesión y la posibilidad de acceder desde cualquier lugar a la información dañina. Características que son específicas de internet como medio de difusión de contenidos.

64. El centro de intereses constituye un criterio de conexión adicional a los admitidos hasta el momento por la jurisprudencia y permite a la víctima ejercitar acciones de cesación o acciones por la totalidad de los daños derivados de la difusión de información lesiva en cualquier Estado. Se trata, sin duda, de una aportación fundamental porque con la Sentencia *Shevill* solo se podían ejercitar acciones de reparación por la totalidad de los daños ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado, como fuero general, o del establecimiento del editor, como lugar de origen del daño. Y tanto uno como otro solían coincidir con cierta frecuencia.

65. El Tribunal de Justicia estima que son dos la ventajas que se derivan de la adaptación de su jurisprudencia previa para atribuir competencia respecto al conjunto del daño a los tribunales del centro de intereses de la víctima. La primera es que este nuevo criterio de atribución de competencia se corresponde con el objetivo de la buena administración de justicia y la sustanciación adecuada del proceso. La segunda es que este foro es conforme con el objetivo de la previsibilidad de las normas de competencia, pues «permite, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado».

66. No cabe duda de que la interpretación del TJUE en la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez* favorece la posición de las víctimas de vulneraciones de derechos de la personalidad a través de internet en la medida en que sienta las bases para que se puede ejercitar cualquier acción de alcance general, como una acción de cesación o una acción de indemnización por la totalidad de los daños, en un fuero distinto al del domicilio del demandado o el establecimiento del editor. Eso sí, el TJUE deja claro que este fuero más amplio es compatible con la posibilidad de ejercitar una acción ante los tribunales de cada Estado miembro «en cuyo territorio el contenido publicado en internet sea, o haya sido, accesible», los cuales serán competentes únicamente para conocer del daño causado en ese Estado. En

la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez* no se hace referencia ni siquiera a la necesidad de que la víctima sea conocida en el Estado en cuyo territorio la información es accesible, pero parece claro que esta exigencia, introducida por la Sentencia *Shevill*, sigue estando vigente porque si la persona es desconocida en ese Estado no sufrirá de ordinario ningún perjuicio en ese territorio y, en consecuencia, no podrá reclamar allí su reparación. No se puede, por ejemplo, destruir la reputación de una persona en un Estado donde no tiene reputación ninguna, ni buena ni mala, porque no es conocida.

67. No deja de ser cuanto menos llamativo que la mera accesibilidad del contenido publicado en internet se mantenga como punto de conexión suficiente para justificar la competencia judicial internacional. No debe olvidarse que el propio TJUE ha reconocido la imposibilidad práctica de cuantificar con certeza y fiabilidad el alcance de la difusión en un Estado concreto y el valor económico del daño causado en exclusiva en ese Estado. La conservación de este criterio de competencia en las acciones derivadas de la vulneración de un derecho de la personalidad por medio del «ciberespacio» no parece compatible con la buena administración de justicia ni mucho menos con la previsibilidad de las normas de competencia. Todos los Estados de la Unión Europea tendrán, en principio, competencia internacional, aunque sea limitada, para conocer de las demandas por vulneración de un derecho de la personalidad a través de internet por el simple hecho de que el contenido lesivo sea accesible desde ese Estado y la persona sea allí conocida. Es cierto que la víctima puede verse disuadida de llevar a cabo este peregrinaje por cada una de las jurisdicciones estatales, máxime cuando no hay criterios claros que permitan la cuantificación de los daños en cada Estado, y en la mayoría de los casos preferirá acudir a una sola jurisdicción estatal para reclamar por la totalidad de los daños. Sin embargo, no deja de ser criticable que el TJUE deje la puerta abierta a ese peregrinaje jurisdiccional<sup>32</sup>.

## B) La determinación del lugar del centro de intereses de la víctima

68. Un aspecto clave para la aplicación práctica de la doctrina de la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez* es la delimitación del lugar que constituye el centro de intereses de la víctima a efectos de determinar la competencia internacional. El TJUE, sin embargo, se limita a afirmar que «por lo general, el lugar en el que una persona tiene su centro de intereses corresponde a su residencia habitual. Sin embargo, una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro».

69. El Tribunal de Luxemburgo no ofrece elementos interpretativos adicionales que permitan concretar con un mínimo de precisión los requisitos necesarios para calificar a un determinado lugar como el centro de intereses de la víctima. Incluso parece que una misma persona puede tener varios centros de intereses, al menos dos: el lugar donde la persona tenga su residencia habitual y el lugar donde desarrolle su actividad profesional, si cada uno se encuentra en Estados diferentes. Y ello sin descartar que pueda haber otro centro de intereses de esa persona si tiene algún «vínculo particularmente estrecho» con otro Estado miembro<sup>33</sup>. Es evidente, pues, la vaguedad de este nuevo concepto y las dificultades que puede conllevar su aplicación por los tribunales nacionales.

<sup>32</sup> A este respecto E. TORRALBA MENDIOLA, «La difamación en la era de las comunicaciones...», cit., pág. 16, manifiesta lo siguiente: «...si se entiende que la excesiva multiplicidad de foros a los que la aplicación del criterio sentado en *Shevill* conduce cuando se ha actuado a través de Internet es inadecuado y que es necesario admitir un nuevo criterio que permita reclamar por la totalidad de los daños que resulte cercano a la víctima y que además sea previsible para el emisor, establezcamos ese criterio, pero eliminemos los que no respetan esos requisitos. Eliminemos la posibilidad de reclamar en cualquier lugar por los daños sufridos en él». En contra de que la mera accesibilidad del contenido sea suficiente para atribuir competencia judicial a un determinado Estado se manifiesta también C. I., CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales...*, cit., pp. 151 y sigs.

<sup>33</sup> En este sentido, I. LORENTE MARTÍNEZ, «Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación internacional en internet», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo/2012, vol. 4, nº 1, p. 294, afirma: «La posibilidad de que el lugar del «centro de intereses del presunto perjudicado» se

70. El TJUE no ha considerado oportuno en la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez* exigir algún tipo de conexión específica entre el contenido de la información lesiva del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen y el lugar que constituye el centro de intereses de la víctima como condición para justificar la competencia por la totalidad de los daños ocasionados en cualquier Estado.

71. Sobre esta cuestión es mucho más explícita la propuesta del Abogado General, Sr. Cruz Villalón, en sus Conclusiones presentadas el 29 de marzo de 2011. El Abogado General proponía completar los criterios de la Sentencia *Shevill* con un nuevo foro que permita decidir sobre la totalidad de los daños a aquella jurisdicción que esté mejor situada para analizar todos los intereses en juego. Ese foro se concreta en el lugar del «centro de gravedad del conflicto» que se identifica con la conjunción de dos elementos. El primero se refiere al titular del derecho de la personalidad y se ubica donde aquél tenga su «centro de intereses», entendiendo por tal el lugar donde el sujeto desarrolla esencialmente su proyecto vital. No es suficiente, por tanto, con que la víctima sea simplemente conocida. El segundo de los elementos se refiere a la naturaleza de la información. Ésta ha de ser objetivamente relevante en ese espacio territorial o, con otros términos, «la información que suscita el litigio debe expresarse en unos términos que, a la vista de las circunstancias que rodean la noticia, constituyan una información que suscite interés en un territorio y, en consecuencia, incite activamente a los lectores en dicho territorio a acceder a ella»<sup>34</sup>.

72. El Tribunal de Luxemburgo solo ha reflejado en la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez* una parte de la propuesta del Abogado General: la referida al «centro de intereses» de la víctima. No ha exigido, sin embargo, que la información lesiva tenga algún tipo de relevancia en el territorio donde la víctima tiene su centro de intereses y la delimitación de ese lugar se lleva cabo con una fórmula demasiado imprecisa como es la existencia de un «vínculo particularmente estrecho» de la víctima con el territorio del Estado, sin hacer mención alguna al desarrollo del proyecto vital de la víctima. No se puede descartar, por ello, que la información presuntamente lesiva carezca de relevancia en ese centro de intereses de la víctima y que, pese a no haber causado perjuicios en ese territorio, sean competentes los tribunales del mismo para conocer de todos los perjuicios causados en otros Estados con base exclusivamente en el vínculo estrecho entre la persona y el territorio<sup>35</sup>.

73. La atribución de competencia internacional a los tribunales del centro de intereses de la víctima con independencia de que la información fuera claramente dirigida a otro Estado en el que ese

---

concrete con arreglo a otros criterios distintos, como por ejemplo, el lugar donde el sujeto transcurre sus vacaciones de forma pública, no resulta descartable. En efecto, el TJUE solo ha introducido una excepción a la regla general «residencia habitual» de la persona presuntamente perjudicada. En concreto, se trata del lugar donde la persona desarrolla su actividad profesional. Pero no ha afirmado que sea «la única excepción posible». De ese modo, puede darse el caso de que una persona tenga su centro de intereses en un Estado miembro en el que ni tenga su residencia habitual ni desarrolle su actividad profesional: lugar donde la persona transcurre públicos períodos prolongados de descanso, lugar donde está hospitalizada la persona, lugar donde desarrolla actividades filantrópicas, etc».

<sup>34</sup> Vid. Apartado 60 de las Conclusiones.

<sup>35</sup> Sobre este particular, I. LORENTE MARTÍNEZ, «Lugar del hecho dañoso...», cit., p. 294 estima que «parece también adecuado que la determinación del «centro de intereses» se realice mediante una ponderación del tipo y carácter del litigio en cuestión. Así, una información presuntamente difamatoria en «materia familiar» no es igual a una información presuntamente difamatoria en «materia profesional». Por ello, un sujeto podría tener varios «centros de intereses» según el objeto de la información presuntamente ilícita». Sin embargo, esta autora concluye en la pág. 298, que «la Sentencia dictada por el TJUE no exige, en particular, que la información revista un «especial interés noticiable» en el país donde radica el centro de intereses del demandante / presunta víctima. El foro del centro de intereses de la presunta víctima en un Estado miembro, es, por tanto, un «foro procesal puro» de competencia judicial internacional. Un foro que no exige la presencia de elementos extraídos del fondo del asunto, que no requiere que la información vertida en Internet revista unos caracteres determinados, ni exige que la información «incite a los lectores de un concreto país a acceder a tal información» ni que los contenidos difundidos en Internet posean un «interés informativo» o presenten un concreto «impacto informativo» en un determinado país».

Efectivamente, esta vinculación entre la información y el lugar donde la víctima tiene su centro de intereses puede ser conveniente, pero, desde luego, la Sentencia no solo no la exige sino que omite toda referencia a esta cuestión, que sí había planteado el Abogado General.

contenido pudiera tener interés o relevancia suscita la duda de si está justificado aplicar este nuevo fuero exclusivamente a los casos en que la lesión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen se materializa por el medio virtual. Si la información lesiva se ha manifestado a través de un medio impreso o de radio o televisión en varios Estados, no se ve razón alguna que impida atribuir a los tribunales del centro de intereses de la víctima competencia para decidir sobre la totalidad de los daños y, en paralelo, justifique sí reconocer esa competencia cuando la difusión se ha realizado por internet<sup>36</sup>. No parece que las particularidades de internet sean por sí solas suficientes para justificar la exclusión de esta nueva regla competencial en otros ámbitos.

#### 4. La extensión del nuevo foro a las personas jurídicas: el centro de intereses de las personas jurídicas

74. El camino iniciado por el TJUE en la creación de nuevos foros de competencia internacional continua en la STJUE de 17 de octubre de 2017, asunto *Bolagsupplysningen* (C-194/16), ECLI:EU:C:2017:766.

75. En esta ocasión, una sociedad estonia que desarrolla actividades en Suecia fue incluida en la lista negra del sitio web de una federación de empresarios sueca por cometer supuestamente actos de fraude y engaño. En el foro de discusión se incluyeron comentarios con llamamientos directos al uso de la violencia contra *Bolagsupplysningen* y sus empleados. La sociedad estonia demandó a la federación sueca ante los tribunales estonios solicitando que condenasen a la demandada a rectificar la información y suprimir los comentarios. Con carácter subsidiario, la demandante también solicitó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del ataque a su honor y reputación.

76. El Tribunal Supremo de Estonia alberga dudas sobre la competencia de los tribunales estonios para conocer de este asunto y plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales<sup>37</sup>. La primera, si los órganos jurisdiccionales estonios pueden conocer de esta acción con base en el fuero del centro de intereses. En caso afirmativo, plantea cómo se determina el centro de intereses de una persona

---

<sup>36</sup> P. DE MIGUEL ALONSO, «Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en internet», *Diario La Ley*, 31 de enero de 2012, págs. 1 a 3, considera lo siguiente: «Ahora bien, la atribución de competencia a los Tribunales del centro de intereses de la víctima para conocer de la responsabilidad por la totalidad del daño (en todo el mundo) derivado de la difusión en Internet de la información lesiva por el supuesto responsable con independencia de que tal difusión tuviera lugar en circunstancias en las que aparecía claramente dirigida solo a otro concreto país, por ejemplo, el del establecimiento del supuesto responsable en cuyo idioma local se publicó la información en su sitio web, solo disponible en ese idioma —distinto del inglés, español u otro de uso internacional, así como del hablado en el lugar del centro de intereses de la víctima—, puede suscitar reflexiones adicionales. Así, sobre todo al hilo de las situaciones en las que la información se difunde por Internet pero a través de un medio restringido en virtud de controles —típicamente basados en la geolocalización— a usuarios de un Estado diferente al del centro de intereses de la víctima, cabe plantearse si existe justificación para un tratamiento diferenciado con carácter general entre la difusión de información a través de Internet y por otros medios (cuál es el centro de intereses de la víctima en el que la información será típicamente noticiable es también previsible para quien difunde la información solo en un medio impreso). Además, el que la publicación de la información por el supuesto responsable tenga lugar únicamente en un medio impreso en realidad no impide que especialmente en el actual contexto de la sociedad de la información esos contenidos puedan tener impacto en otros países (como el del centro de intereses de la víctima), en particular en la medida en que otros medios (digitales) recojan la información difundida por el medio impreso. En esos casos, de hecho, las circunstancias que concurren pueden ser en la práctica semejantes a las que están presentes en aquellas situaciones en las que la información se difunde a través de Internet, pero con controles que limitan el acceso a la información a las personas que se encuentran en determinados territorios». En sentido contrario, sí considera que las particularidades de internet justifican un tratamiento diferenciado L., GILLIES, «Jurisdiction for cross-border breach of personality and defamation», *The International and Comparative Law Quarterly*, octubre 2012, Vol. 61, No. 4, pp. 1007-1016

<sup>37</sup> En el litigio principal, la demanda se interpuso no solo por la sociedad estonia *Bolagsupplysningen* sino también por una empleada de la misma, quien solicitaba una indemnización por daño moral. Sin embargo, la cuestión prejudicial solo se refiere a la competencia de los tribunales estonios para decidir en relación con la persona jurídica. La razón de esta distinción puede encontrarse en que, de acuerdo con la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, el centro de intereses de la persona física se puede situar en Estonia, donde tiene su residencia habitual.

jurídica. Por último, si la competencia de los tribunales estonios se limita a decidir sobre los daños y perjuicios causados en su territorio, se plantea si pueden también ordenar a la federación sueca que rectifique y suprima la información lesiva.

77. En este caso concurren dos elementos novedosos con respecto a la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez* que requieren un replanteamiento de la anterior doctrina del Tribunal de Justicia. La primera novedad está en que es una persona jurídica, y no una persona física, la que considera lesionados sus derechos. La segunda, no menos relevante, es que la acción ejercitada a título principal no es indemnizatoria sino una acción de rectificación. Respecto de este tipo de acción el Tribunal de Justicia había pasado de puntillas en el asunto *eDate Advertising/Olivier Martínez*, pero ahora el tribunal remitente le solicita un pronunciamiento expreso sobre el particular.

78. El Tribunal de Justicia en la Sentencia *Bolagsupplysningen* estima que las personas jurídicas también pueden beneficiarse de la posibilidad de ejercitar acciones por la totalidad del daño en el lugar donde se encuentre su centro de intereses. Esta conclusión se fundamenta en que no se trata de un fuero establecido para proteger al demandante o a la parte más débil, como sucede, por ejemplo, en materia de contratos celebrados con consumidores. Se trata de una regla de competencia en aras a la recta administración de justicia por la estrecha conexión existente entre el litigio y el órgano jurisdiccional que ha de resolverlo. No existe, por tanto, razón alguna para distinguir entre persona física y persona jurídica a estos efectos<sup>38</sup>.

79. Con esta premisa, tienen un indudable interés las consideraciones del Tribunal de Justicia acerca de cómo se localiza el centro de intereses de una persona jurídica a efectos de fijar la competencia internacional. Ya se vio que las personas físicas tienen su centro de intereses normalmente en su residencia habitual, aunque éste puede estar también en otro lugar con el que la persona tenga un «vínculo particularmente estrecho». Esto puede inducir a pensar que el centro de intereses de las personas jurídicas estará de ordinario donde se encuentre su domicilio social. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no se decanta por esta interpretación. El criterio básico para determinar dónde se encuentra el centro de intereses de una persona jurídica que, como en el caso, desarrolla una actividad económica, corresponde al lugar donde su reputación comercial es mayor y, por tanto, se determina en función del lugar en el que ejerce la parte esencial de su actividad económica. En atención a lo anterior, el centro de intereses de una persona jurídica puede coincidir o no con su domicilio social<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> El Tribunal de Luxemburgo no entra a valorar si las personas jurídicas son o no titulares de derechos de la personalidad y en qué medida pueden ser estos derechos lesionados. Se trata de una cuestión que habrá de decidirse conforme a la legislación sustantiva aplicable. En este sentido, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Reputación de las sociedades: tutela frente a la difusión de información lesiva a través de internet», en *La Ley Unión Europea*, núm. 53, 30 de noviembre de 2017, págs. 4 y 5, afirma que la caracterización a efectos del artículo 7.2 del RBibis de ciertos bienes como derechos de la personalidad en relación con las personas jurídicas, en especial las dedicadas a actividades económicas, puede plantear cuestiones complejas y condicionar el alcance de esta regla de competencia.

<sup>39</sup> En concreto, la Sentencia afirma, en los apartados 41 y 42, lo siguiente: «Aunque el centro de intereses de una persona jurídica puede coincidir con el lugar de su domicilio cuando ejerce la totalidad de sus actividades o una parte esencial de éstas en el Estado miembro en que está situado dicho domicilio y, en consecuencia, la reputación de que goza allí es más importante que en cualquier otro Estado miembro, la ubicación del domicilio no constituye en sí misma un criterio decisivo en el marco de tal análisis.

De este modo, cuando, como sucede en el litigio principal, la persona jurídica de que se trata desarrolla la mayor parte de sus actividades en un Estado miembro distinto del de su domicilio, cabe presumir que la reputación comercial de esta persona jurídica que puede verse afectada por la publicación controvertida es más importante en ese Estado miembro que en cualquier otro y que, en consecuencia, una eventual lesión de esta reputación se experimentará con mayor intensidad en él. En esta medida, los tribunales de dicho Estado miembro son los mejor situados para examinar la existencia y el posible alcance de esa supuesta lesión, máxime cuando en el caso de autos su origen está en la publicación de información y comentarios supuestamente inexactos o difamatorios en un sitio de Internet destinado a profesionales, administrado en el Estado miembro en el que la persona jurídica afectada ejerce la mayoría de sus actividades, información y comentarios que, teniendo en cuenta la lengua en la que han sido redactados, están destinados esencialmente a ser comprendidos por las personas que residen en dicho Estado miembro».

**80.** El Tribunal de Justicia admite también la posibilidad de que no se pueda determinar el centro de intereses de la persona jurídica porque no haya elementos para afirmar que la actividad económica de la persona jurídica sea preponderante en un determinado Estado. En esas circunstancias, la persona jurídica no podrá demandar para obtener una indemnización íntegra del perjuicio sufrido sobre la base del lugar del daño del artículo 7.2 del RBIbis. Se excluirá, por tanto, la aplicación de este criterio de competencia.

**81.** El Tribunal de Justicia no ha acogido la propuesta del Abogado General que proponía acabar con la regla del mosaico en los procesos por vulneración de derechos de la personalidad por medio de internet. La alternativa más restrictiva sugerida en las Conclusiones del Abogado General consistía en limitar los fueros de competencia internacional a dos, el del domicilio del demandado y el del centro de intereses de la víctima, ambos con alcance para decidir sobre la totalidad de los perjuicios ocasionados. Se pretende con ello evitar la extensión de la doctrina sentada por la Sentencia *Shevill* al ámbito de internet porque implica reconocer simultáneamente la competencia de un gran número de jurisdicciones: todas aquellas desde las que sea accesible el contenido presuntamente difamatorio publicado en la red, aunque sea para decidir sobre un aspecto concreto como es el de los perjuicios ocasionados en el territorio de ese concreto Estado<sup>40</sup>. No se detiene el Tribunal de Luxemburgo a valorar la conveniencia de revisar la aplicación de su anterior jurisprudencia al marco de internet sino que, sin entrar en justificación alguna, se limita a confirmar, como ya advirtió en la Sentencia *eDate Advertising/Olivier Martínez*, que la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción «ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en internet sea o haya sido accesible, los cuales son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del respectivo Estado miembro».

## **5. La competencia del tribunal del lugar del daño para decidir sobre acciones de rectificación o supresión de la información presuntamente lesiva**

**82.** En íntima relación con la competencia limitada de ciertos tribunales estatales, se plantea una cuestión relevante que hasta el momento no había tenido una respuesta por parte del Tribunal de Justicia. Se trata de determinar si los tribunales de cada Estado en cuyo territorio la información publicada en internet sea o haya sido accesible pueden decidir sobre la rectificación de esa información o su supresión, además de sobre la indemnización de los daños ocasionados en ese territorio.

**83.** El Tribunal de Luxemburgo da una respuesta en la Sentencia *Bolagsupplysningen*, en cuya virtud «habida cuenta de la naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de internet y de que el alcance de su difusión es, en principio, universal (...), una demanda que tenga por objeto la rectificación de los primeros y la supresión de los segundos es única e indivisible y, en consecuencia, solo puede interponerse ante un tribunal competente para conocer íntegramente de una acción de indemnización del daño, (...), y no ante un tribunal que carezca de esa competencia». En consecuencia, la limitación de la competencia de los tribunales del lugar del daño impide a éstos decidir sobre acciones de rectificación o cesación con alcance ilimitado. Solo los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de origen del daño o del centro de intereses de la persona física o jurídica tendrán competencia para pronunciarse sobre este tipo de acciones de alcance general<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. Conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, apartados 73 y siguientes.

<sup>41</sup> El Abogado General, Sr. Michal Bobek, en las Conclusiones presentadas el 13 de julio de 2017, apartados 119 y sigs., consideraba que no hay base legal para establecer esa limitación competencial y, por tanto, si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente para conocer de una acción de indemnización por daños y perjuicios en materia extracontractual, debe poder pronunciarse sobre todas las medidas de reparación previstas en su Derecho interno. A favor de esta interpretación se manifiesta también A. MERCHÁN MURILLO, «El centro de intereses de la persona jurídica: comentario a la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel AB, C-194/16*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre/2018, vol. 10, Nº 2, p. 894.

84. El Tribunal de Justicia no va más allá y no entra a valorar si esos órganos jurisdiccionales con competencia limitada pueden decidir también con alcance limitado sobre cuestiones distintas de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en ese concreto territorio estatal. Así, a modo de ejemplo, se puede plantear el bloqueo o la limitación del acceso a la información presuntamente dañina para la víctima, pero no con alcance universal sino limitado al Estado en cuyo territorio se encuentran los tribunales que deciden sobre esa demanda.

85. La respuesta a esta cuestión debe ser, a mi juicio, afirmativa, al menos por dos razones. La primera, porque la adopción de este tipo de medidas de ámbito limitado es perfectamente compatible con la limitación de la competencia de los tribunales del lugar del daño. Y esa limitación es la única razón en la que el TJUE ha basado la negativa a que estos tribunales conozcan de acciones de rectificación o supresión de la información<sup>42</sup>. La segunda, porque si el tribunal que decide sobre la indemnización de los perjuicios en un determinado Estado no tiene potestad para vedar el acceso a la información en ese Estado, se seguirán ocasionando nuevos perjuicios susceptibles de indemnización hasta que la persona decida acudir a alguno de los fueros sin limitaciones por razón del territorio. Parece, pues, más razonable que el propio tribunal que decida sobre la indemnización de los daños, pueda, si así se ha solicitado, evitar que se puedan ocasionar nuevos daños en el futuro en el mismo territorio.

## V. La Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre internet y la vulneración de la privacidad: ¿un posible modelo para el legislador de la Unión Europea?

86. El Instituto de Derecho Internacional (en adelante, IDI) ha elaborado la Resolución de 31 de agosto de 2019 sobre la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de vulneración de los derechos de la personalidad a través de internet<sup>43</sup>. En esta Resolución, el IDI hace una propuesta para unificar los criterios en las cuestiones más problemáticas que suscita la lesión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen por medio de internet. Se trata, sin duda, de una difícil tarea a la vista de la imposibilidad hasta el momento de adoptar un acuerdo que permita contar con normas comunes sobre la ley aplicable ni siquiera en el ámbito más restringido de la Unión Europea, así como de las dudas interpretativas que suscita la aplicación del fuero en materia de responsabilidad extracontractual previsto en el Reglamento Bruselas I bis.

87. La propuesta del IDI no ofrece una solución global para todos los casos de vulneración de los derechos de la personalidad con carácter transfronterizo sino solo para aquellos en los que el medio empleado para difundir la información presuntamente dañina es internet. Quedan fuera, por tanto, las lesiones transfronterizas de los derechos de la personalidad en las que el contenido difamatorio se ha puesto en circulación por otras vías. No puede negarse que la utilización de internet confiere a la información difundida un alcance típicamente transfronterizo y precisamente por esa razón es en esos casos en los que se suelen suscitar los problemas más complejos. Sin embargo, no parece que esto sea motivo suficiente para excluir de una eventual propuesta de solución otras situaciones que a día de hoy no cuentan con un adecuado tratamiento.

<sup>42</sup> En el mismo sentido, cfr., P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Reputación de las sociedades...», cit., p. 7.

<sup>43</sup> «*Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments (Injuries to Rights of Personality through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments)*», accesible en <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/8-RES-EN.pdf>. Sobre la misma Resolución hay un Informe de la 8.ª Sesión de la Comisión elaborado por los profesores E. Jayme y S. Simeonydes.

## 1. El principio holístico, los criterios de fijación de la competencia internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

88. El Capítulo I de la Resolución, dedicado a los conceptos y principios generales, proclama el llamado «principio holístico» como criterio básico para la determinación de la competencia internacional. Conforme al artículo 3, la persona que ha sufrido o puede sufrir una vulneración de sus derechos de la personalidad como consecuencia de la publicación de contenidos o de alguna otra conducta llevada a cabo a través de internet, puede presentar una única demanda ante los tribunales de cualquiera de los Estados competentes conforme a los artículos 5 y 6. Esos tribunales serán competentes para decidir sobre la totalidad de los daños acaecidos en cualquier Estado y, aunque la Resolución no hace distinción entre unas u otras acciones, parece que también tendrán competencia para decidir sobre la rectificación o la retirada del contenido lesivo<sup>44</sup>.

89. El artículo 6 de la Resolución contempla la posibilidad de que las partes celebren acuerdos de elección del foro, estableciendo distintos requisitos según que se realicen con anterioridad o sean posteriores al acaecimiento del hecho generador del conflicto. Estos acuerdos no serán en absoluto habituales en este ámbito de la responsabilidad extracontractual.

90. A falta de sumisión, el artículo 5 de la Resolución atribuye la competencia internacional a los tribunales de los Estados en los que concurra alguno de los siguientes puntos de conexión: a) donde la persona cuya responsabilidad se reclama llevó a cabo la «critical conduct»; b) donde se encuentra el «home State» del demandado<sup>45</sup>; c) donde se hayan producido o puedan producirse la mayor parte de los daños («the most extensive injurious effects») y d) donde se encuentra el «home State» de la persona que haya sufrido o pueda sufrir los daños si el contenido publicado es accesible en ese Estado o la persona sufrió daño allí. En los dos últimos supuestos, la competencia queda excluida si el demandado demuestra que a) no obtuvo beneficio pecuniario ni otro tipo de beneficio significativo por el hecho de que el contenido publicado fuera accesible desde el Estado del foro y b) una persona razonable no podía haber previsto que el contenido sería accesible desde el foro o que la conducta causaría un daño en ese Estado.

91. Una vez fijada la competencia de un tribunal conforme a los criterios anteriores, los demás tribunales tendrán que abstenerse de conocer de otras demandas referidas a los mismos hechos, conforme al artículo 3.2 de la Resolución. Con esta previsión se intenta poner freno a la regla del mosaico, es decir, se intenta evitar que se puedan interponer demandas referidas a la misma vulneración de los derechos de la personalidad ante los tribunales de cada uno de los Estados en los que el contenido lesivo resulte accesible. Y ello aunque esas demandas se limiten a reclamar por los daños sufridos únicamente en el territorio de ese concreto Estado.

92. Como complemento de lo anterior, si el tribunal ha fijado su competencia de conformidad con los criterios anteriores y ha determinado la ley aplicable al fondo de acuerdo con las previsiones de la Resolución, a las que se hará referencia en el siguiente apartado, la decisión de ese tribunal será reconocida y, en su caso ejecutada, en otros Estados si cumple los requisitos del Convenio de la Haya de 2 de julio de 2019 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial. En este caso, la Resolución ha optado por hacer una remisión a un Convenio que, curiosamente, excluye de su ámbito de aplicación, en el artículo 2, la materia relativa a la difamación o a la protección de la vida privada.

<sup>44</sup> El artículo 3, apartado 1, de la Resolución dispone: «A person who claims to have suffered or may suffer injury to rights of personality as a result of material posted on, or other activity conducted through the Internet, may file a single action in any one of the States referred to in Articles 5 or 6 against the person claimed to be liable for the injury and to seek redress for injuries that have occurred or may occur in all States».

<sup>45</sup> El artículo 1, apartado 11, de la Resolución atribuye un significado distinto a los términos «home State» en función de que se refiere a una persona física o a una persona jurídica u otro tipo de entidad: «for natural persons, the State in which that person has his or her domicile or habitual residence» y «for persons other than natural persons, the State in which that person has its statutory seat or principal place of business, or under the law of which that person was incorporated or formed».

93. En mi opinión, la supresión de la mera accesibilidad de los contenidos en línea como punto de conexión suficiente por sí solo para atribuir competencia internacional a los tribunales de un determinado Estado es un objetivo más que deseable. Sin embargo, la indefinición de algunos de los criterios que se establecen en la Resolución puede ser fuente de incertidumbre y reducir la eficacia de esta propuesta como vía para encontrar una solución de consenso que garantice la seguridad jurídica en esta materia. Así, sucede, por ejemplo, con la determinación de lo que ha de entenderse por «*critical conduct*» o con el significado de los términos «*the most extensive injurious effects*». Ni uno ni otro concepto se aclaran en la Resolución que se limita a remitir a la Ley del foro. Esta remisión supone un obstáculo para la interpretación uniforme de estos criterios de determinación de la competencia internacional<sup>46</sup>.

## 2. El Derecho aplicable: la *lex fori* y sus excepciones

94. La Resolución del IDI pretende también unificar los criterios en lo relativo a la ley aplicable para resolver las controversias sobre vulneración de los derechos de la personalidad por medio de internet. La exclusión de esta materia del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales tiene como consecuencia que sean las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales tengan competencia las que den respuesta a esta cuestión y esto, obviamente, abre la puerta a múltiples soluciones en función del Estado donde se ha presentado la demanda.

95. El artículo 8 de la Resolución admite los acuerdos de elección de la ley aplicable tanto antes como después de surgida la controversia. Estos acuerdos previsiblemente tendrán una mínima o, incluso, nula incidencia práctica en este ámbito. Por ello, la norma fundamental es el artículo 7 en el que se regula la ley aplicable en función de cuál hubiera sido el criterio de determinación de la competencia internacional.

96. En defecto de elección, la regla general es la aplicación de la *lex fori*. Si la competencia se ha determinado conforme al criterio del lugar de la «*critical conduct*», se aplica sin más la *lex fori*. En todos los demás casos enumerados en el artículo 5, se prevén excepciones que permiten dejar de aplicar la ley del foro en favor de otras leyes como la del lugar que, considerando todas las circunstancias, presente los vínculos más estrechos con la situación, la ley del Estado donde tuvo lugar la «*critical conduct*» o la ley del Estado donde se han producido «*the most extensive injurious effects*». Por último, si la competencia se ha determinado en virtud de un acuerdo de sumisión de las partes y el tribunal designado no coincide con ninguno de los enumerados en el artículo 5, la ley aplicable será la del Estado que, considerando todas las circunstancias, presente los vínculos más estrechos.

97. La aplicación de la *lex fori* como criterio preferente resulta adecuada en una materia en la que está en juego la protección de derechos fundamentales y, precisamente por ello, hay una íntima vinculación con el orden público. Sin embargo, esta regla general está plagada de correctivos que permite aplicar una legislación distinta de la del foro y acudiendo a este fin a conceptos poco claros que no aparecen definidos en la propia Resolución<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Críticos con la caracterización de algunos de los criterios de conexión se muestran: P. M., DE MIGUEL ASENSIO, «La Resolución del IDI sobre internet y la vulneración de la privacidad. Tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad ¿Hacia la armonización internacional? (A propósito de la Resolución del *Institut de Droit International* de 2019)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72/1, enero-junio 2020, p. 210 y A. LÓPEZ-TARRUELLAS MARTÍNEZ, «Una visión crítica de la Resolución del IDI sobre internet y la vulneración de la privacidad desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72/1, enero-junio 2020, pp. 216 y sigs.

<sup>47</sup> En este sentido, P. M., DE MIGUEL ASENSIO, «La Resolución del IDI...», cit., p. 211, quien afirma lo siguiente: «...el art. 7 establece una estructura especialmente compleja con soluciones no exentas de dificultades. Por ejemplo, no queda claro por qué la ley aplicable ha de ser la del país en el que tuvo lugar la «*critical conduct*» del demandado incluso en situaciones en las que la información iba dirigida y produce efectos significativos únicamente en otros Estados. En la medida en que hay situaciones en las que la ley aplicable puede no ser la del foro, llama la atención que no se contemple el eventual recurso al orden público. La complejidad reseñada es de prever que limite la relevancia de la Resolución como modelo para los legisladores nacionales

98. En definitiva, debe reconocerse el mérito de la propuesta del IDI en una materia en la que resulta patente la dificultad para alcanzar consensos ni siquiera en la Unión Europea. Sin embargo, la falta de claridad de algunos de los criterios utilizados para determinar la competencia internacional o la ley aplicable al fondo, así como la multitud de foros alternativos concurrentes suponen un límite a la virtualidad de la Resolución comentada como modelo para alcanzar una solución uniforme en la Unión Europea y mucho menos fuera de ella.

## VI. A modo de conclusión

99. A lo largo de las anteriores páginas se han podido constatar las dificultades para precisar el Estado cuyos tribunales tendrán competencia internacional en los litigios en materia de responsabilidad extracontractual por la vulneración de los derechos de la personalidad. A falta de normas específicas, es el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis la norma básica para determinar la competencia internacional en éste y en otros casos de responsabilidad extracontractual.

100. El TJUE ha ido interpretando o, más bien, complementando el fuero del lugar donde se hubiera producido o se pudiera producir el daño. Se trata de un fuero especial y alternativo al fuero general del domicilio del demandado. El Tribunal de Justicia ha reiterado en múltiples ocasiones que los fueros especiales han de ser objeto de una interpretación restrictiva. Sin embargo, la realidad muestra que la labor del máximo intérprete del Derecho de la Unión no ha sido precisamente la de restringir la noción de lugar del daño como criterio de fijación de la competencia internacional en los litigios por vulneración del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Antes al contrario, el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una labor casi pretoriana mediante la que ha introducido fueros de competencia internacional que difícilmente pueden deducirse del tenor de la norma.

101. Esta labor «creativa» se ha sentido especialmente en los casos más complejos en los que la lesión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen se ha llevado a cabo por el medio virtual con un alcance potencialmente universal de la difusión de los contenidos lesivos. En este contexto, la víctima puede elegir entre una multitud de foros de competencia internacional alternativos o concurrentes, algunos con distinto alcance que otros. La competencia del tribunal se extenderá también a la demanda reconvenzional cuando se derive del mismo hecho en el que se fundamenta la demanda principal<sup>48</sup>

102. Dejando al margen la posibilidad de sumisión de las partes, que tiene una importancia residual en este ámbito. El perjudicado podrá ejercitar acciones para instar la indemnización de la totalidad de los daños y perjuicios sufridos en cualquier Estado o para lograr la retirada o rectificación del contenido difamatorio o lesivo de la intimidad ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado,

---

y regionales, al tiempo que la indefinición respecto de algunos de los criterios de conexión menoscaba su potencial armonizador». También se muestra crítico con las soluciones propuestas, A. LÓPEZ-TARRUELLAS MARTÍNEZ, «Una visión crítica...», cit., pp. 219 y 220.

<sup>48</sup> Así lo dispone el apartado 3 del artículo 8 del Reglamento Bruselas I bis. El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto *Éva Nothartová c Sámson József Boldizsár*, C-306/17, ECLI:EU:C:2018:360. Los hechos de los que esta Sentencia trae causa son a grandes rasgos los siguientes: La Sra. Nothartová, con residencia en Eslovaquia, presentó ante el órgano jurisdiccional remitente, el Tatabányai Törvényszék (Tribunal General de Tatabánya, Hungría), una demanda contra el Sr. Boldizsár, con residente en Hungría, por considerar vulnerados sus derechos de imagen al haber sido fotografiada y grabada en vídeo sin su consentimiento y difundir posteriormente ese material por medio de internet. A su vez, el demandado en el litigio principal interpuso una demanda reconvenzional de indemnización por considerar que la demanda inicial tenía por efecto restringir la difusión de sus creaciones intelectuales en el sitio YouTube.

El Tribunal remitente cuestiona su competencia para conocer de la demanda reconvenzional. El TJUE responde que el artículo 8.3 del Reglamento Bruselas I bis se aplicará en este caso, aunque no con carácter exclusivo, para fundar la competencia internacional del órgano jurisdiccional que conoce de la demanda principal «siempre que el examen de esta demanda reconvenzional exija que ese órgano jurisdiccional aprecie si son o no lícitos los hechos en los que el demandante basa sus propias pretensiones».

como fuero general, o ante los tribunales del Estado donde se originó la conducta lesiva. Ambos fueros de alcance general se aplican con independencia de que el medio empleado para la difusión del contenido lesivo haya sido internet o cualquier otro como la prensa escrita, la radio o la televisión.

**103.** En el evento de que el contenido atentatorio contra los derechos de la personalidad se hubiera producido a través de internet, y solo en este caso, la víctima cuenta con un fuero adicional basado en el lugar del daño y también con un alcance general: el Estado del centro de intereses de la persona física o jurídica que hubiera sufrido los daños. La delimitación de ese centro de intereses puede, a su vez, conducir a una diversidad de Estados competentes. Así, en el caso de una persona física puede tener su centro de intereses en el Estado donde se encuentre su residencia habitual o donde desempeñe su actividad profesional o en cualquier otro Estado con el que tenga un «vínculo particularmente estrecho». Si se trata de una persona jurídica su centro de intereses estará en el Estado en el que ejerce la parte esencial de su actividad económica. Nada ha dicho el TJUE de momento sobre cuál será el centro de intereses en el caso de personas jurídicas o entidades cuya actividad principal no tiene un contenido económico, así una entidad sin ánimo de lucro.

**104.** A estos fueros de alcance general, hay que sumar otro de ámbito más limitado y aplicable también con independencia del medio de difusión empleado. Me refiero a cada uno de los Estados donde se ha manifestado el daño para la víctima, que serán competentes para decidir exclusivamente sobre los daños acaecidos en su respectivo territorio. En el caso de que la difusión se haya producido por medio de internet, esta regla del mosaico conduce a una multitud de Estados con competencia internacional y da vía libre al peregrinaje jurisdiccional de la víctima ante los tribunales de cada uno de los Estados en los que la información sea o haya sido accesible.

**105.** Se puede concluir, pues, que la labor «creativa» llevada a cabo por el TJUE en la interpretación del fuero del lugar del daño en materia de vulneración de los derechos de la personalidad ha creado una especie de «macrofuero» que no parece coherente ni con la buena administración de justicia ni con la previsibilidad de las normas de competencia. Máxime cuando la fijación de la competencia internacional es determinante también de la ley aplicable para resolver sobre el fondo, ante la ausencia de normas de conflicto unificadas.

# SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EXTRACOMUNITARIA: A VUELTAS CON LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

## EXTRA-COMMUNITY INTERNATIONAL MINOR ABDUCTION: ISSUES REGARDING THE OBLIGATION OF THE PROMPT RETURN OF CHILDREN FROM THE 1980 HAGUE CONVENTION IN SPANISH PRACTICE

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Profesor contratado Doctor en Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM)*

Recibido: 09.11.2020 / Aceptado: 24.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5955>

**Resumen:** Los supuestos de sustracción de menores que terminan conociéndose por la jurisdicción nacional, por ser España el país de destino o retención del menor, impone la adecuada interpretación de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado en este ámbito. El instrumento fundamental ante un caso de retención o traslado ilícito desde un país extracomunitario es el Convenio de la Haya de 1980. Este texto internacional obliga a los Estados contratantes a restituir de forma automática al menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente en su territorio si no ha transcurrido más de un año desde que se produjo la sustracción. Esta regla general cuenta con una excepción importante que permite la restitución aun pasado ese plazo, salvo que el menor se encuentre integrado en el nuevo Estado. El cómputo del plazo que rige la regla general plantea en la práctica distintas cuestiones interpretativas no uniformizadas para los Estados contratantes, lo que condiciona el resultado. La aplicación de las medidas -procesales- nacionales necesarias para llevar a cabo el proceso de restitución indicado en el Convenio, no deberían incidir *per se* en ese plazo para fundamentar resoluciones de denegación de la restitución, como parece que ocurre en la práctica jurisprudencial nacional bajo el paraguas del interés superior del menor, so peligro de contravenir los fines últimos del instrumento internacional.

**Palabras clave:** sustracción internacional de menores, Convenio de la Haya de 1980, procedimiento de restitución, restitución inmediata, excepciones, interés superior del menor, residencia habitual, integración.

**Abstract:** In cases of child abduction that the Spanish courts must resolve as the country of destination of the minor, the correct interpretation of the international obligations assumed by our State in this area is required. The fundamental instrument in a case of international child abduction from a non-EU country is the 1980 Hague Convention. This convention obliges all contracting States to order the return of the child forthwith -who has been illegally transferred or detained in their territory- if no more than one year has elapsed since the wrongful removal or retention took place. This general rule -the main one- has a significant exception that allows order the return of the child even after that period unless the minor is now settled in its new environment. In practice, the computation of the term regulated by the general rule raises different non-standardized interpretive issues for the Contracting States, what conditions the result of the restitution process. The application of the national -procedural- measures

regulated to comply with the Convention's provisions, should not affect, by itself, that term to base decisions on the refusal of restitution, as seems to be the national case law approach using principle of the best interests of child. Other considerations may carry the risk of contravening the purposes of the international instrument.

**Keywords:** international minor abduction, 1980 Hague Convention, restitution process, prompt return, exceptions, the best interest of the child; habitual resistance, integration.

**Sumario:** I. Introducción. II. Régimen jurídico internacional de la sustracción internacional de menores extracomunitaria: el Convenio de la Haya de 1980. 1. Características del instrumento; 2. La existencia de traslado o retención transfronterizo ilícito; 3. Restitución automática del menor y excepciones legales: el plazo de un año como factor determinante; 4. El interés superior del menor como criterio corrector. III. Conclusiones: el Convenio de la Haya como una asignatura pendiente en la práctica nacional.

## I. Introducción

1. En el presente trabajo se trata de abordar, esencialmente, si la interpretación y aplicación que los tribunales españoles realizan de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado, ante supuestos de sustracción de menores extracomunitarios, resulta adecuada a la luz de los instrumentos aplicables. Principalmente, el análisis se centrará en relación con el cumplimiento de la obligación del retorno automático del menor al Estado de origen -y sus excepciones- establecido en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)<sup>1</sup>, como instrumento fundamental en este ámbito fuera de la Unión Europea, de conformidad con el objeto y fines de esta norma internacional. Conjuntamente, en España, estos procedimientos deben tramitarse de conformidad con lo establecido en el Capítulo IV *bis* de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000 (LEC), bajo la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional” (artículos 778 *quarter*, *quinquies* y *sexies*)<sup>2</sup>. Particular análisis merece en este contexto la aplicación jurisprudencial de la excepción a la regla general de la devolución automática del menor al Estado contratante de origen (de residencia antes de que se verificara el traslado o retención ilícita a España) del segundo párrafo del artículo 12 del Convenio, que permite la restitución aun pasado ese plazo, salvo que el menor se encuentre integrado en el nuevo Estado.

A los efectos de realizar el examen de las cuestiones objeto de estudio, se va a tomar como referencia y punto de partida el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de junio de 2020<sup>3</sup>, relativo a una sustracción internacional incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1980. El cómputo del plazo plantea en la práctica distintas cuestiones interpretativas no uniformizadas para los Estados contratantes, lo que condiciona el resultado, como muestra la resolución que sirve de base para el análisis de esta cuestión en el presente trabajo. También se centrará el estudio en cómo incide en la práctica jurisprudencial nacional el principio del interés superior del menor como criterio correctivo de las disposiciones del texto convencional, pudiendo contravenir los fines y objeto de la norma en este sentido.

2. Tradicionalmente, los supuestos de traslado o retención de menores se constatan respecto de la prole de parejas o matrimonios de distinta nacionalidad (mixtas). No obstante, a estos supuestos han de adicionarse aquellos en los progenitores tienen residencia en distintos Estados (siendo de la misma nacionalidad), lo que incorpora un factor más en la ecuación que puede ser determinante para decidir sobre

<sup>1</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

<sup>2</sup> Capítulo introducido por la Disposición Final tercera, párrafo 10, de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, con corrección de errores en BOE, núm. 210, de 2 de septiembre de 2015), en adelante LJV.

<sup>3</sup> SAP de Valencia de 29 de junio de 2020, ECLI:ES:APV:2020:1719.

el traslado del menor: el centro de intereses personales de los integrantes de la pareja<sup>4</sup>; y es precisamente este último caso en el que encajaría el supuesto de hecho que se resuelve por la sentencia objeto de estudio en el que todos los interesados son de nacionalidad argentina. En este contexto, el cambio de residencia del menor no siempre obedece a un traslado ilícito, sino que hay cambios de residencia por motivos profesionales o personales que plantean la necesidad de que el niño también cambie su residencia<sup>5</sup>.

Ahora bien, típicamente el traslado internacional del menor<sup>6</sup> obedece a la intención del progenitor de conseguir la aplicación de las normas de Derecho internacional privado más favorables para sus intereses (respecto del fondo del asunto: atribución y/o ejercicio del derecho de custodia/régimen de visitas), lo que se determina en función del tribunal del foro -el de traslado o retención del menor-<sup>7</sup> Resulta, por tanto, esencial determinar si tiene tal adjetivación el traslado del menor -ilícito-, a los efectos de aplicar los instrumentos internacionales articulados para garantizar el retorno del menor al Estado de origen. De esta suerte, es fundamental localizar el marco regulador aplicable por los tribunales nacionales para establecer si concurren o no las condiciones necesarias de aplicación y, consecuentemente, para que se desplieguen sus efectos. En este sentido, se analizará el marco regulador aplicable por los tribunales españoles ante supuestos de sustracción internacional de menores que provienen de países no comunitario (fuera de la Unión Europea), utilizando como referencia el supuesto de hecho de la sentencia analizada, esto es, cuando el traslado del menor a España se realiza desde Argentina.

Comenzaremos por indicar los antecedentes de hecho y la decisión de instancia en el asunto de referencia para poder contextualizar el objeto de estudio, para posteriormente analizar el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y verificar si las obligaciones derivadas de este instrumento se cumplen por dicha sentencia.

3. Con fecha diecinueve de noviembre de 2019, el juzgado de primera instancia nº 24 de Valencia dicta sentencia por la que, estimada la demanda de restitución interpuesta por el Abogado del Estado -en la representación que ostenta del Ministerio de Justicia, en su calidad de Autoridad Central para la defensa del Convenio de la Haya de 1980-, declara que la retención del menor, de nacionalidad argentina, por parte de su progenitora, también de nacionalidad argentina, es ilícita de conformidad con el artículo 3 del Convenio. Consecuentemente, por dicha resolución se acuerda el retorno del menor a Argentina como Estado de residencia y su restitución al padre, para que pudiera ejercer sus potestades de custodia (con expresa condena en costas a la madre, así como la imposición a la misma de los gastos de retorno). La sentencia fundamentó su fallo en el interés superior del menor de conformidad con el Convenio Internacional de la Haya y también, sin que resulte de aplicación al caso de referencia por ser un supuesto externo a la Unión Europea, con el denominado Reglamento Bruselas II *bis*<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Una contextualización de esta problemática transnacional, un análisis de los factores de riesgo puede verse en D. CARRIZO AGUADO, "Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/2003", *CDT*, (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 267-282, en particular, pp. 267-269.

<sup>5</sup> En este sentido, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público", *La Ley Unión Europea*, nº 33, 2016 (versión online)

<sup>6</sup> La sustracción internacional de menores es un tema que ha sido tratado extensamente por la doctrina, entre otros, *vid. Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", *Derecho Privado y Constitución*, nº 16, 2002, pp. 41-63; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Oviedo, 2008, en esp. pp. 27-101; J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, en esp. pp. 61-273; I. REIG FABADO, "El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores", en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 242-263; C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 192-21; A. MONGE FERNÁNDEZ (Dir.), *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Bosch Editor, Barcelona, 2019.

<sup>7</sup> De esta forma, se trata de conseguir por la vía de hecho los resultados buscados en relación con la guarda y custodia de los menores que en el Estado de origen no se ha podido conseguir o no pudieran alcanzar por la vía legal. Sobre la práctica iusprivatista del fenómeno de la sustracción internacional véase I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019.

<sup>8</sup> Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento Bruselas II *bis*). DO L 338 de 23.12.2003, p. 1.

Para hacer efectiva la orden de retorno del menor al Estado de procedencia (Argentina), la sentencia de instancia remite erróneamente a la Autoridad central a lo dispuesto en el artículo 778.13 de la LEC para su ejecución -siendo la referencia correcta el art. 778 *quinquies* número 13<sup>9</sup>-.

4. Contra la sentencia de instancia se formuló recurso de apelación por parte de la demandada (la madre) ante la Audiencia Provincial de Valencia. El recurso de Apelación formulado por la progenitora demandada se fundamentó, principalmente, en alegaciones sobre error en la valoración de la prueba, en la medida que se contaba con una autorización para viajar a España firmada por el padre del menor que a su entender no se había tenido en cuenta, al igual que las numerosas comunicaciones del solicitante con su hijo; también en la indebida denegación de la prueba de exploración del menor solicitada en primera instancia (lo que se presume que se fundamentaría en el art. 778 *quinquies* número 8 LEC pero nada se dice al respecto). Asimismo, se exponía que el menor se encontraba plenamente integrado en Valencia, por lo que debía denegarse el retorno.

5. La parte demandante, la Abogacía del Estado, y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso interpuesto, solicitando la confirmación de la resolución recurrida. La Audiencia Provincial de Valencia, tras la deliberación -telemática-, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista (al no haberse considerado necesaria ésta ni haberse practicado prueba en segunda instancia, esto es, solo valorando lo practicado por el tribunal *ad quo*<sup>10</sup>), dicta sentencia de fecha 29 de junio estimando el recurso formulado. En consecuencia, se revoca la sentencia dictada en primera instancia, acordando en su lugar la desestimación de la demanda de restitución del menor formulada por la representación de la Autoridad central española, denegando la restitución del menor a Argentina. La Audiencia Provincial de Valencia fundamenta su fallo, para justificar la denegación de la restitución, en una interpretación de las disposiciones del texto convencional que no parece adecuada al propio espíritu del Convenio y objetivo principal, como se expondrá a continuación siendo éste el objeto del presente trabajo.

## II. Régimen jurídico internacional de la sustracción internacional de menores extracomunitaria: el Convenio de la Haya de 1980.

6. En este trabajo nos vamos a centrar exclusivamente en el marco regulatorio referente al procedimiento de restitución y tramitación de la orden de retorno de menores en caso de sustracción internacional en España, como Estado al que el menor ha sido trasladado o retenido<sup>11</sup>, cuando el país de origen se encuentra fuera de la Unión Europea -esto es, en supuestos extracomunitarios-, al ser este el caso en el asunto de referencia en el que el Estado de origen del menor es Argentina.

El régimen jurídico internacional en la reglamentación de los aspectos civiles de la sustracción internacional fuera de la UE<sup>12</sup> (esto es, procedimiento de restitución, condiciones, requisitos y en su caso las causas de denegación de devolución de los menores), tiene como pieza fundamental el ya referido

<sup>9</sup> Artículo 778 *quinquies*. Procedimiento. 13: “En la ejecución de la sentencia en la que se acuerde la restitución del menor o su retorno al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas”.

<sup>10</sup> Si bien, se solicitó por la Audiencia informe del Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, acerca del grado de integración del menor, recabando por escrito el parecer de las partes.

<sup>11</sup> Desde la perspectiva procesal nacional, tanto la restitución como el retorno son actuaciones que pueden realizarse individualmente tras el proceso de sustracción -incoado mediante demanda de restitución-; ello sin perjuicio o con independencia de la probable complementariedad de ambas actuaciones en un momento posterior. Cf. S. CALAZA LÓPEZ, “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *Diario La Ley*, nº 8564, 2015 (versión online), en comentario a las nuevas medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional incorporadas a la LEC por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en aplicación de convenio internacional o disposiciones de la Unión Europea (arts. 778 *quarter* a *sexies* LEC)

<sup>12</sup> Dentro de la Unión Europea resulta de aplicación en este ámbito el Reglamento Bruselas II bis, aplicable para supuestos de sustracción intracomunitarios en los que el Estado de origen (residencia habitual del menor) y el de destino (retención/traslado del menor) sea un Estado miembro vinculado por este instrumento (todos los Estados miembros salvo Dinamarca y el Reino Unido una vez que se verifique su salida de la Unión).

Convenio de la Haya de 1980. Para la aplicación de las disposiciones contenidas en este Convenio (y cualesquiera otro que en esta materia resultara de aplicación por los tribunales nacionales<sup>13</sup>, así como de las disposiciones de la Unión Europea (como es el procedimiento previsto en el art. 11 del Reglamento Bruselas II *bis*<sup>14</sup>) ha de recurrirse a la normas de procedimiento recogidas en el Capítulo IV *bis* de la LEC (arts. 778 *quarter* a *sexies*).

## 1. Características del instrumento

7. El Convenio de la Haya de 1980 es un instrumento que únicamente reglamenta el procedimiento de restitución (devolución) de menores de 16 años<sup>15</sup> -y en qué casos procede- al Estado contratante de residencia (Estado de origen) en caso de sustracción ilícita, esto es, retención o traslado del menor no consentida o autorizada (por ambos progenitores) a otro Estado contratante. Lo limitado del alcance de sus disposiciones obedece a los objetivos de este texto internacional<sup>16</sup> de conformidad con su artículo 1: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes. La finalidad principal<sup>17</sup> de esta norma internacional es garantizar la inmediata devolución del menor al Estado de su residencia habitual antes de ser trasladado ilícitamente a otro Estado parte, restitución que no implica decisión sobre el fondo de los derechos de guarda y visita, sino meramente un restablecimiento de la situación dada.

Este instrumento no regula las cuestiones de responsabilidad parental concomitantes a los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores que típicamente son cometidos por alguno de los progenitores y que, generalmente, están litigando por la custodia/visitas de los menores ante los tribunales del Estado de origen. En este sentido, la principal premisa de la que parte el Convenio es que el debate sobre el fondo del asunto, esto es, los derechos de guarda y visita, deben sustanciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado ilícito<sup>18</sup>. Y la razón de ser de esta aproximación es que la residencia habitual<sup>19</sup> del menor es el eje gravitatorio en materia de familia/menores, dado que en la generalidad de sistemas decide la competencia judicial

<sup>13</sup> Como sería el Convenio de Luxemburgo de 1980 (Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984. BOE» núm. 210, 1.09.1984, pp. 25291 a 25295) o el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (aplicación provisional desde 30.05.1997. BOE» núm. 150, 24.06.1997, pp. 19348 a 19351; entrada en vigor 1 de Julio de 1999).

<sup>14</sup> Vid. J. R. LIÉBANA ORTIZ, “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, nº 13, 2015, pp. 83-109.

<sup>15</sup> De conformidad con el art. 4, que establece este límite temporal para determinar el ámbito de aplicación del instrumento (menores de hasta los 16 años). Este límite de edad no tiene reflejo en el procedimiento del art. 11 del Reglamento Bruselas II *bis*, que solo indica la condición de menor (por lo que deberá ser integrado por la normas de conflicto del Estado del foro). Si bien, hay otros convenios que recurren igualmente a este límite de edad, como es el caso del referido Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997, que se aplicará a todo menor de dieciséis años no emancipado que posea la nacionalidad de uno de los dos Estados firmantes (art. 2).

<sup>16</sup> Un análisis pormenorizado de este Convenio, en particular respecto de sus objetivos, características y relación con otros instrumentos, E. Pérez Vera, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Publicaciones de la HCCH, 1982* (disponible online en <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>, última visita 21.10.2020).

<sup>17</sup> La finalidad del Convenio de la Haya de 1980 no es otra que proteger unos derechos concretos y efectivos, no teóricos o ilusorios respecto a la vida familiar entre progenitores e hijos. En este sentido, la STEDH de 13 de mayo de 1980 *Artico v. Italia*, (nº. 6694/74), § 33.

<sup>18</sup> Vid. F.J. FORCADA MIRANDA, “La creciente complejidad del Derecho internacional de Familia”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Nº. 106, 2014, pp. 15-22, en esp. pp. 18-19.

<sup>19</sup> Sobre la relevancia de este criterio de conexión en Europa puede verse, A-L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPG-Dir./ UFRGS*, Vol. XV, núm. 1, 2020, pp. 5.37, en esp. pp. 22-23.

internacional, además del carácter lícito o ilícito del traslado o la retención<sup>20</sup> y, en última instancia –en función de su delimitación o en su caso modificación–, condiciona el retorno del menor<sup>21</sup>.

Consecuentemente, el convenio no recoge normas de Derecho internacional privado, por lo que se necesita de otros instrumentos en materia de responsabilidad parental para determinar la competencia judicial para conocer de acciones sobre estas cuestiones –típicamente vinculadas a los supuestos de sustracción–. Entre estos instrumentos se encuentran el Reglamento Bruselas II *bis* entre los Estados miembros (con las excepciones de Dinamarca y Reino Unido tras su salida de la Unión) o el Convenio de la Haya de 1996<sup>22</sup> entre Estados miembros firmantes<sup>23</sup> y Estados parte de este instrumento<sup>24</sup>; este último instrumento resulta también determinante para localizar la ley aplicable a las acciones ejercitadas en materia de responsabilidad parental –y medidas de protección de menores– para los Estados firmantes. Por cuanto al reconocimiento de eventuales resoluciones judiciales por la que se establezcan los derechos de custodia y correlativo de visita para los progenitores (lo que en su caso determinaría la eventual legitimación activa y pasiva en la posible demanda de restitución del menor), también habría que acudir principalmente al Reglamento Bruselas II *bis* –para resoluciones entre Estados miembros vinculados– y, fuera del ámbito de aplicación espacial del instrumento europeo, al Convenio de la Haya de 1996 entre Estados firmantes; en menor medida (por su limitado ámbito de aplicación espacial y material) el Convenio de Luxemburgo de 1980 resultará de aplicación en materia de custodia entre Estados contratantes. Ahora bien, a este último respecto ha de recordarse que no es necesario que exista una previa resolución judicial que atribuya un determinado derecho de custodia o régimen de visitas para que pueda instarse procedimiento de restitución a la luz del Convenio de la Haya de 1980; en la medida que el instrumento lo que protege es el efectivo ejercicio del derecho de custodia o régimen de visitas y, consecuentemente, proteger al menor manteniendo su *statu quo*, lo cual puede producirse en una mera separación de hecho sin mediación de autoridad competente (tal y como se deduce del último párrafo del art. 3 del Convenio<sup>25</sup>).

8. Así pues, cabe concluir que el Convenio no prejuzga sobre la situación de fondo para que opere y, por tanto, se verifique la devolución del menor (o se deniegue, por ejemplo, si concurre alguna de las excepciones, como las causas tasadas del art. 13, el segundo párrafo del art. 12 o la incidencia del orden público a través del art. 20). Esta conclusión se fundamenta en varias razones sobre la operatividad del instrumento: a) no revisa la eventual resolución judicial del Estado origen sobre responsabilidad parental (custodia/régimen visitas); b) no se condiciona la restitución del menor al reconocimiento en el Estado requerido (el de traslado/retención) de la resolución judicial del Estado origen sobre custodia/régimen visita; y c) tampoco se condiciona la restitución del menor a que en el Estado de traslado/retención exista resolución contradictoria sobre el fondo. De esta suerte, el art. 16 establece que si se hubiera iniciado un procedimiento –aún pendiente– sobre el ejercicio de la responsabilidad parental respecto del menor trasladado en ese Estado, el tribunal no podría resolver, sino que debería suspender hasta que se falle sobre la restitución del menor (negativamente para poder seguir como nuevo Estado de residencia

<sup>20</sup> Este elemento fundamenta la demanda de restitución, pues solo prosperará si el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos en el Estado donde se presenta. *Cf.*: I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 877-888, en esp. p. 887.

<sup>21</sup> Un análisis de la delimitación jurisprudencial del criterio de residencia habitual del menor, tanto del TJUE como nacional, puede verse en D. CARRIZO AGUADO, “Particularidades acerca de la autoridad judicial...”, *loc. cit.*, pp. 274-277. En particular, sobre la concreción de la residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores, a la luz del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento Bruselas II *bis*, véase, I. REIG FABADO “La construcción del concepto autónomo...”, *loc. cit.*, pp. 883-885.

<sup>22</sup> Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. Instrumento de ratificación por parte de España, BOE núm. 291, 02.12.2010.

<sup>23</sup> Vinculados por el convenio, tras autorización por la UE (en ejercicio de su competencia exclusiva externa del art. 3.2 TFUE) para la firma de este instrumento mediante Decisión 2003/93/CE sobre el Convenio de La Haya de 1996 relativo a las cuestiones jurídicas internacionales en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (DO L 48 de 21.2.2003).

<sup>24</sup> Donde se incluyen Dinamarca y, en su momento, Reino Unido tras el Brexit.

<sup>25</sup> *Vid. infra* apartado II.1 sobre la delimitación de los supuestos ilícitos a la luz del art. 3 del Convenio de la Haya de 1980.

del menor) o haya transcurrido el plazo razonable para presentar demanda de restitución (generalmente un año de conformidad con el art. 12).

## 2. La existencia de traslado o retención transfronterizo ilícito

9. Para que la autoridad competente del Estado contratante pueda resolver sobre la devolución o no del menor, es necesario que el traslado/desplazamiento transfronterizo sea reputado como ilícito -y por tanto haya sustracción internacional-. El Juzgado de instancia de Valencia, como órgano competente para conocer del procedimiento de restitución por ser el de situación física del menor, debía decir sobre la devolución de éste a Argentina (como Estado de origen), partiendo de la premisa de que se tratara de un traslado ilícito a los efectos del art. 3 del Convenio. Típicamente, la ilicitud del traslado se identifica con la infracción de los derechos de custodia del menor reglamentados de conformidad con el ordenamiento del Estado de residencia habitual del menor<sup>26</sup> (en el caso de referencia, Argentina), lo que ocurre en el caso objeto de estudio que resuelve la sentencia analizada.

10. El Artículo 3 del Convenio determina cuándo un traslado o retención se considera ilícito a los efectos de esta norma. Son dos los requisitos acumulativos los que se exigen a tales efectos: a) que el traslado o retención conlleve una infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, de conformidad con el Derecho vigente en el Estado de origen – tal derecho puede resultar, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente entre las partes según el Derecho de dicho Estado-; y b) que en el momento del traslado o de la retención, ese derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. En consecuencia, se requiere que exista un efectivo desplazamiento internacional del menor que lo aparte del otro progenitor (que ostenta de forma efectiva un derecho de custodia, de manera exclusiva o conjunta con el sustrayente) y que dicho desplazamiento provoque un cambio sustancial en el estatus del menor.

En el caso de referencia no existe duda de que configura un supuesto de traslado ilícito del art. 3 del Convenio, y como tal se refiere tanto la sentencia de instancia como la resolución de la Audiencia Provincial objeto de estudio -fundamentada tal conclusión en la prueba existente<sup>27</sup>-. De los autos se concluye que, si bien el menor salió de Argentina con la madre conociéndolo y consintiéndolo el padre, en junio de 2019 éste revocó la autorización recíproca para viajar que los progenitores habían firmado en septiembre de 2015. Ahora bien, no consta prueba alguna de que la permanencia en España fuera conocida previamente ni aceptada por el padre del menor – de hecho, incluso constan en autos conversaciones del padre con el colegio en la que dio a entender en todo momento que el menor regresaría al mismo en Argentina-. La falta de consentimiento del padre en el traslado y cambio de residencia del menor a España se desprende de forma clara de la presentación de la solicitud de restitución, que tuvo entrada en la Autoridad Central española en fecha 4 de julio de 2019, y la posterior presentación de la demanda en sede judicial (Juzgado de primera instancia) por la Autoridad Central. Consecuentemente, estamos ante una permanencia en España del menor no consentida por el padre, cuando la madre no tenía atribuida en exclusiva el ejercicio de la patria potestad. La interpretación de los hechos probados en el asunto de referencia, para la aplicación del Convenio de la Haya de 1980, resulta en este apartado del todo correcta

<sup>26</sup> Ahora bien, el derecho de custodia no es el única figura jurídica concomitante a la sustracción internacional dado que también la filiación (que conlleva la responsabilidad parental y, por tanto, la atribución de la custodia) puede resultar determinante a los efectos de concluir si el traslado o retención son ilícitos. En este sentido puede verse C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS / P. QUINZÁ REDONDO, “Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 795- 801; en un supuesto en el que una de las cuestiones de fondo que subyace es precisamente la filiación paterna y, correlativamente, el tema de la custodia, ante un caso de traslado desde Argentina a España de un bebé estando sustanciándose en aquél país la cuestión de filiación judicialmente, solicitando favorablemente el padre procedimiento de restitución en el Estado de origen.

<sup>27</sup> *Vid.* FJ Cuarto.

y adecuada, lo que no puede decirse del análisis posterior que de los mismos hechos se realizan para fundamentar la denegación del retorno del menor a Argentina, revocando la sentencia de instancia.

### 3. Restitución automática del menor y excepciones legales: el plazo de un año como factor determinante

11. El Convenio de la Haya de 1980 es un instrumento eficaz en la resolución de los conflictos vinculados a la retención o traslado ilícito de menores, por cuanto que garantiza -salvo excepciones- la restitución inmediata del menor al Estado contratante de origen en el que tiene su residencia habitual<sup>28</sup>. Junto con la regla general de restitución automática del menor a su Estado parte de residencia habitual -cuando ha sido sustraído ilícitamente-, el Convenio prevé un sistema de excepciones tasadas al retorno con el fin de respetar el principio del interés superior del menor. Estas excepciones a la devolución del menor deben interpretarse de forma restrictiva -por cuanto que desplazan a la regla general que consagra la finalidad principal del instrumento- y, por supuesto, acreditarse la concurrencia de los motivos de oposición a la restitución<sup>29</sup>.

12. El artículo 12 propugna la restitución automática e inmediata del menor al Estado contratante de origen, cuando el procedimiento se hubiera instado -ante autoridad judicial o administrativa- en el Estado contratante donde se encuentre el menor -ilícitamente trasladado/retenido- antes del transcurso de un año desde que se produjo el traslado retención no autorizada. Como excepción a este retorno inmediato del menor, el párrafo segundo de este precepto establece que aún en el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento después de la expiración del plazo señalado de un año, no se denegará la restitución por la autoridad competente salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. El tenor literal de la disposición es claro y parece evidente que el transcurso del plazo del año referido en el primer párrafo, por sí mismo considerado, no es una causa para denegar la devolución inmediata del menor, sino que exige que se pruebe que el menor esté efectivamente integrado en su nuevo medio. El plazo de un año es, por tanto, una presunción *iuris tantum* en la consideración de la nueva residencia del menor, y que exige que se pruebe efectivamente que el menor está plenamente integrado en el nuevo entorno y el retorno supondría un perjuicio, por cuanto suponga un cambio sustancial en el estatus del niño. Esta excepción al plazo del año previsto respecto de la regla general -que impera la restitución inmediata del menor- no puede confundirse con las causas de denegación de la restitución que operan con independencia del cómputo del tiempo transcurrido desde que se produjo el traslado o retención ilícitos y la solicitud de la restitución, articuladas en el art. 13 de la norma convencional.

Es precisamente en la excepción del segundo párrafo del art. 12 en la que se fundamenta la sentencia de la Audiencia que se analiza para denegar la restitución del menor, revocando la sentencia de instancia. En el caso de referencia, en primera instancia la cuestión del plazo en el que fue incoado el procedimiento de restitución del menor en España (ante autoridad judicial) no fue analizada ni debatida, siendo en apelación el momento en el que por vez primera se refiere y se aborda si concurre en este asunto el requisito necesario para apreciar esta excepción del artículo 12. De hecho, la parte recurrente no hace referencia alguna esta cuestión del plazo, ni en primera instancia ni como causa para fundamentar el recurso de apelación frente a la sentencia que ordenaba la devolución del menor. Se trata de una consideración nueva por parte del juzgador *ad quem* (basada en hechos no correctos del supuesto) y en el que fundamenta exclusivamente su posición.

13. Desde nuestro punto de vista, el error de la Audiencia radica en el cómputo del año que realiza en el asunto de referencia; en particular, el momento de inicio de este. Según los hechos recogidos en la sentencia, el traslado del menor de Argentina a España por la madre se produjo en agosto de 2018,

<sup>28</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores...”, *loc. cit.*, p. 43

<sup>29</sup> En lo que respecta a la interpretación y alcance de las causas de denegación de restitución del menor como excepción a la regla general, puede verse, J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 561- 567, y análisis jurisprudencial en él referido; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *REEI*, nº 35, 2018.

y el padre presentó solicitud de retorno ante la Autoridad central española (el Ministerio de Justicia) en julio de 2019. El término *ad quem* lo marca la fecha de presentación de la demanda, y el procedimiento judicial para la restitución no se incoa hasta noviembre de 2019 (sin indicar fecha concreta, ni este dato se extrae de los Autos) desde agosto de 2018, que es cuando entiende el tribunal -erróneamente- se produjo el traslado ilícito. Siendo que la fecha de sentencia de primera instancia que se recurre es de 19 de noviembre de ese año, resulta significativo que la demanda judicial se presentara en noviembre de 2019, dadas las pruebas practicadas que obran en autos (si bien, no consta que se hubiera tomado declaración al menor, de 8 años de edad, pese haberse solicitado por la madre en tiempo y forma en primera instancia, contraviniendo la obligación impuesta en este sentido en el art. 778 *quinquies* numeral 8 de la LEC); por lo que sí se cumple por el juzgado los plazos de urgencia consagrados en nuestra Ley ritaria para esta primera fase del procedimiento -no así en segunda instancia-. Tampoco se solicitó por el juzgado informe relativo a la integración del menor en España. Tal omisión -desde nuestro punto de vista- estaba justificada, en la medida que no habiendo transcurrido el plazo del año señalado en el primer párrafo del artículo 12 del Convenio, la devolución es automática sin tomar en consideración factor de valoración adicional -como sería la posible integración del menor en el nuevo medio-. No obstante, es la Audiencia Provincial la que recibidas la actuaciones acuerda, con carácter urgente, recabar informe del Gabinete Psicosocial acerca del grado de integración del menor<sup>30</sup>; lo que le sirve para fundamentar su tesis de que operada la excepción del segundo párrafo del art. 12 del Convenio, probada la integración del menor en España, procedía denegar la restitución.

14. Lo determinante para saber si se verificó o no el plazo del año del primer párrafo del art. 12 es establecer cuándo se inicia el cómputo, esto es, cuál es el hecho que determina que el traslado pasa a ser ilícito y, por tanto, el progenitor vulnerado en su derecho debe instar la restitución en el periodo máximo de un año para conseguir la devolución automática -so peligro de integración del niño en el nuevo entorno-. El inicio del cómputo del año marcado por el tribunal de apelación es el simple traslado físico del menor a España en agosto de 2018, sin tener en consideración las circunstancias concretas del caso. Tal y como se indica en la propia sentencia, entre los hechos probados se encuentra que no fue hasta junio de 2019 que se produjo la revocación de la autorización recíproca para viajar firmada por ambos progenitores, esto es, cuando el padre fue consciente de la intención de la madre de trasladarse/quedarse con carácter definitivo en España. La consideración de “recíproca” de la autorización no es una cuestión baladí, pues se trataba de una autorización de ambos progenitores otorgada en 2015 para que cualquiera de ellos pudiera viajar con el menor fuera de su Estado de residencia habitual (Argentina), lo que no puede entenderse como un salvoconducto para trasladarse y establecerse definitivamente en otro país por cualquiera de los progenitores sin autorización del otro. Es, por tanto, distinto autorizar para viajar a España que consentir para establecerse definitivamente en nuestro país. Consecuentemente, es cuando se tiene conocimiento por el progenitor del traslado definitivo a España, y no el temporal (autorizado), el hecho que debe marcar “el momento” en que se produjo el traslado o retención ilícitos a los efectos del cómputo del año -precisamente cuando el padre tiene conocimiento de este carácter permanente del traslado es cuando revocó la autorización en junio de 2019 y, a continuación, procedió a solicitar la restitución ante la Autoridad Central Española, en julio de ese año-. Solo esta interpretación en el caso de referencia es compatible con los informes explicativos del texto convencional, según los cuales a los efectos del artículo 12 la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o “en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de su residencia habitual”<sup>31</sup>, siendo este último el caso en el que nos encontramos.

<sup>30</sup> Y ello al amparo de un artículo del Convenio que no refiere. Deduciendo que se trata del art. 11 de la norma convencional, que se limita a indicar que en el procedimiento para la restitución de los menores en los Estados parte las autoridades deben proceder de manera urgente; lo que no se cumple, por otro lado, por parte de la Audiencia, en la medida que tarda más de siete meses en resolver sobre el recurso de apelación incumpliendo, asimismo, los plazos impuestos en el art. 778 *quinquies* número 11 de la LEC.

<sup>31</sup> *Cfr.*, “Informe sobre el Convenio” de E. PÉREZ VERA, *loc. cit.*, número 108.

A mayor abundamiento, la Audiencia apoya a más su decisión en los casi dos años transcurridos desde traslado inicial (insistimos, consentido por su carácter temporal) hasta que se dicta sentencia resolviendo la apelación. Resulta llamativo que los efectos negativos de la dilatación del procedimiento en segunda fase (más de siete meses para dictar sentencia) se hagan recaer sobre el progenitor que insta la restitución<sup>32</sup>, refiriendo este hecho como un factor más a considerar para afirmar la integración del menor en el nuevo país y, por tanto, ratificar la decisión de no devolución<sup>33</sup>. Esta interpretación es contraria a la norma convencional, que establece que para que se pueda activar el segundo párrafo del art. 12 y, por tanto, denegar la restitución del menor con base en su integración en el nuevo medio, es preciso que haya transcurrido un período de tiempo superior a un año entre la sustracción -momento en el que el traslado temporal se vuelve definitivo y por tanto ilícito, es decir, junio de 2019- y el momento en que se presenta la solicitud de retorno del menor (en noviembre de 2019). El plazo que transcurre desde que se incoa el procedimiento de retorno ante la autoridad competente y cuando éste finalmente se resuelve no debe tomarse en consideración a estos efectos -es meridiano en este sentido el art. 12-; más aún cuando las partes puede acudir a artimañas procesales para dilatar los procedimientos a estos efectos. Así, si la solicitud de restitución del menor se presenta en un plazo inferior a un año y la autoridad competente resuelve después del transcurso del año, no cabe activar el art. 12, párrafo segundo del Convenio<sup>34</sup>.

#### 4. El interés superior del menor como criterio corrector.

15. El interés prevalente del menor es el criterio interpretativo al que alude el tribunal de apelación para necesariamente tener que valorar la integración del menor en España antes de poder decidir sobre el retorno (FJ 5º). A tales efectos, se relata en la sentencia los textos normativos en los que el interés del menor es consagrado como criterio fundamental para la interpretación y aplicación de sus disposiciones. Así, con carácter general, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 lo proclama al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). Este principio igualmente está consagrado en nuestra legislación nacional en diversos texto normativos; a saber, en distintos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 95, 103.1, 154, 158 y 170), en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno, filiales o tutelares. Todo ello permite concluir

<sup>32</sup> Teniendo en cuenta que la sentencia de instancia es de 19 de noviembre de 2019 y la sentencia de apelación de 29 de junio de 2020, sin que quede constancia de que hubiera procedido suspensión del procedimiento por solicitud de mediación por alguna de las partes. El resultado es que ha pasado un año y 10 meses desde que el menor abandonó el Estado de origen (inicialmente de forma autorizada), es un plazo que no es imputable al padre sino a la lentitud de la justicia española y no puede ir en detrimento de sus derechos.

<sup>33</sup> Lo que va en contra del espíritu del instrumento que predica la restitución inmediata mediante un procedimiento de urgencia (art. 11 del Convenio), con infracción además de la normativa procesal interna prevista (plazos concretos) para el cumplimiento de estas obligaciones internacionales (art. 778 *quinquies* de la LEC, en segunda fase en el número 11). La guía de buenas prácticas, medidas de aplicación, de la Conferencia de La Haya es meridiana en este sentido, pues ya en el año 2003 señalaba que “El procedimiento expeditivo es esencial en todas las etapas del proceso del Convenio, incluidas las apelaciones. Los Estados contratantes deberán utilizar los mejores procedimientos de urgencia disponibles para lograr los objetivos del Convenio. Casi todos los aspectos de aplicación afectarán la rapidez del trámite de las peticiones”. CONFERENCIA DE LA HAYA, *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, segunda parte – medidas de aplicación, Family Law, Bristol, 2003, Sección 1.5, Síntesis VII.* (versión en español ISBN 0 85308 8985). No se trata de un problema único y particular de la práctica española, sino que es tristemente generalizado entre los Estados parte. En este sentido se ha pronunciado en su última reunión (la séptima) la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños, concluyendo la necesidad de resolver el problema de las demoras en los procedimientos en virtud del Convenio de 1980 (los días 10-17 de octubre de 2017, resultado puede consultarse en <https://assets.hech.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf>)

<sup>34</sup> Entre otros, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores. Sección Quinta. Sustracción internacional de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, epígrafe 18.

que el interés del menor se configura en nuestro sistema como un principio básico y orientador de la actuación judicial –lo que se corresponde con la proclamación en el art. 39.2 de la Constitución de la protección integral de los hijos–<sup>35</sup>. Ahora bien, de forma consciente la Audiencia no refiere el tratamiento de este criterio en el texto convencional cuya aplicación particular le corresponde para decidir sobre la restitución o no del menor: el Convenio de la Haya de 1980 -que razonablemente no puede tener el mismo tratamiento que la legislación de fuente interna-.

**16.** Todos los textos normativos que reglamentan cuestiones vinculadas con menores se configuran típicamente sobre la base de la protección o garantía del interés superior del menor, y el Convenio de la Haya de 1980 no es distinto<sup>36</sup>. Ahora bien, el alcance y efectos de este criterio debe determinarse en cada una de las normas en función de sus objetivos y cómo este principio haya sido integrado para su consecución. En el Convenio de la Haya de 1980 el interés del menor se identifica con su permanencia en su entorno vital -Estado de origen- y, como consecuencia, en el automático e inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado<sup>37</sup>. Ello conduce inevitablemente a que primero se retorna al menor y luego, en su caso, se resuelve sobre la atribución y/o ejercicio los derechos de guarda y visita<sup>38</sup>.

Resulta también relevante, a los efectos de la interpretación y aplicación de este texto internacional, y el posible alcance corrector del criterio interés del menor en su cumplimiento, el hecho de que interés superior del menor solo es referido de forma expresa en la exposición de motivos no así en su articulado. La razón de esta omisión -buscada- era evitar el peligro de que las autoridades competentes de los Estados parte recurrieran a esta figura para sortear el retorno del menor desplazado en beneficio del progenitor que realizó el desplazamiento ilegal<sup>39</sup> - en la medida que se podría argumentar erróneamente que el objetivo convencional relativo al retorno del menor debería estar siempre subordinado a la toma en consideración de su interés-. Así pues, el interés superior del menor ha de ser evaluado en el marco estricto del análisis restrictivo de las excepciones de la regla general del art. 12 del Convenio y siempre dentro de la finalidad y objetivos del propio instrumento.

**17.** El hecho de que no se recoja este criterio en el contenido dispositivo de la norma convencional no se traduce en que se ignore esta realidad social, que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todas las cuestiones en las que estén involucrados, sino que su importancia es expresamente referida en su Preámbulo (y precisamente sobre su base se justifica la previsión de mecanismos efectivos para restituir al menor a su medio cuando se verifica un traslado o retención ilícitos). Del preámbulo del Convenio se desprende la filosofía del instrumento respecto del interés del menor, la cual se resume en que la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en la pretensión de protegerles, interpretando su verdadero interés. Siendo en este sentido el derecho del menor a no ser trasladado o retenido -en nombre de derechos más

<sup>35</sup> Lo que conduce a que toda resolución que una autoridad nacional deba adoptar y que afecte a un menor debe realizarse en atención a este principio, que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ, 3 entre otras)» (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6).

<sup>36</sup> Vid. A. MARÍN VELARDE, F. MORENO MOZO, “El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores”, en A. MONGE FERNÁNDEZ (Dir.), *La sustracción internacional de menores...*, ob. cit., pp. 193-244, esp. pp. 215-219.

<sup>37</sup> Se ha llegado a afirmar que nada sirve de forma más apropiada al interés superior del menor que la tramitación expeditiva de los casos de restitución (cfr. F.J. FORCADA-MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr*, Num 3º (enero-junio 2016), pp. 1-15, en esp. p. 10.

<sup>38</sup> Lo que ha generado críticas por parte de cierta doctrina, por cuanto que la aplicación estandarizada de este criterio -sin análisis singular de las circunstancias en cada caso concreto- pondría en peligro la tan deseada justicia material para el caso concreto. En este sentido, puede verse, s. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, *Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática*, núm. 5, Madrid, 2001, pp. 125-136. Lo que en el asunto de referencia no parece que sea el caso, por cuanto que no hay conocimiento de circunstancias vinculadas al progenitor que solicita el retorno o concurrentes en el Estado de origen, que permitieran plantear el recurso al interés del menor para condicionar la devolución de este, más allá de la eventual consideración, subjetiva, de que estuviera integrado en el nuevo medio.

<sup>39</sup> Vid., “Informe sobre el Convenio” de E. PÉREZ VERA, loc. cit., núm. 23

o menos discutibles sobre su persona- una de las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor<sup>40</sup>; dado que la verdadera víctima de la sustracción es el niño<sup>41</sup>.

Por tanto, los objetivos del Convenio responden, en definitiva y en su conjunto, al interés superior del menor. Ahora bien, sin desconocer que es posible que el traslado del menor esté justificado por razones objetivas vinculadas a su persona o con el entorno próximo, lo que tiene reflejo en el instrumento a través de las excepciones del art. 13. En consecuencia, el Convenio reglamenta ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados contratantes de garantizar de forma inmediata y automática el retorno de los menores trasladados o retenidos ilícitamente<sup>42</sup>.

**18.** La salvaguarda del interés del menor en el Convenio de la Haya de 1980 exige una aplicación automática de la devolución del menor, salvo que se verifique y se pruebe fehacientemente la concurrencia de alguna de las causas de denegación del art. 13 para el caso concreto (siendo las causas 1 b y 2 del art. 13 las que materializan los supuestos en los que por el interés del menor se justifica el no retorno para garantizar su tutela). En estos casos (del art. 13), el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual (Estado de origen), incluso sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede ante el interés primario de cualquier persona -no solo menores- a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable<sup>43</sup>. De esta suerte, de los objetivos y finalidades del instrumento plasmados en su articulado no cabe deducir que haya que verificarse, para cada caso concreto, la satisfacción del interés personal, singular y subjetivo del menor desplazado para resolver automáticamente sobre la devolución inmediata como regla general (pues nada se dice al respecto en el art. 12) y, en consecuencia, tampoco en el asunto de referencia (en la medida que no concurre excepción tasada a esta regla general de las previstas en el art. 13). Por ello, la apreciación del tribunal en apelación de que el interés superior del menor en el caso concreto justifica el fallo de no restitución, carece de fundamentación en la norma convencional en el sentido esgrimido por el juzgador.

**19.** No puede obviarse el debate doctrinal que ha surgido en los últimos tiempos, a raíz de determinados pronunciamientos del TEDH<sup>44</sup>, en torno a la necesidad de un mayor análisis del fondo que

---

<sup>40</sup> El menor como titular del derecho. En este línea se manifestó en su momento la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en se Recomendación 874 (1979) (sobre una Carta Europea de los Derechos de la Infancia) cuyo primer principio general señala que “los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios”. *Vid. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31ª Sesión ordinaria. Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del niño*. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979.

<sup>41</sup> En este sentido se manifestaba el Informe sobre el anteproyecto del Convenio de la Haya, “Questionnaire et Rapport sur l’enlèvement international d’un enfant par un de ses parents”, elaborado por D. ADAIR DYER, Doc. Prel. N1 1, agosto de 1977, p. 18-25, en esp. p. 21.

<sup>42</sup> En la mayoría de los casos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio genérico y demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio de base en la materia. El problema del uso de un criterio como este, que es un concepto jurídico indeterminado, para dar respuestas a este tipo de cuestiones es la inseguridad jurídica, dado que su concreción depende de percepciones subjetivas (si bien, permite una solución más adaptada al caso concreto). El peligro que puede constatarse es que este criterio se convierta en una idea intuitiva, que en muchas ocasiones sirve para justificar la solución que parece “justa” en el caso concreto, en lugar de mostrar su exacto valor jurídico. En esta línea, *Cf.* M<sup>a</sup>.P. GARCÍA RUBIO, “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor” en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO Y G. STAMPA CASAS (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 1075-1090.

<sup>43</sup> Esta aproximación puede verse en el Informe de E. PÉREZ VERA sobre el Convenio (*loc. cit.*). En concreto en el número 29 expresamente refiere que “los apartados 1b y 2 del mismo artículo 13 consagran excepciones que claramente se basan en la toma en consideración del interés del menor”, y que suponen una excepción al interés del menor que se concreta en la devolución inmediata a su medio habitual (al Estado de residencia habitual de origen) que claudica ante el interés primario de cualquier persona a ser protegida y no expuesta a situaciones de peligro.

<sup>44</sup> Para evitar eventuales infracciones de derechos humanos vinculados al menor, principalmente el derecho a la intimidad familiar del art. 8 CEDH con la ejecución de las órdenes de retorno al Estado de origen en determinadas circunstancias. Entre otras, los asuntos *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (Gran Sala, nº 41615/07, sentencia de 6 de julio de 2010, Referencia INCADAT: HC/E 1323) y *Raban v. Rumanía* (nº 25437/08, sentencia de 26 de octubre de 2010, referencia INDACAT: HC/E/RO 1330), doctrina posteriormente corregida interpretativamente en cierta medida por la sentencia de Gran Sala de fecha 26 de noviembre de 2013, en el caso *X v. Letonia* (nº 27853/09, referencia INDACAT: HC/E/LV 1234) donde se introdujeron importantes matices conciliadores entre los eventuales intereses contrapuestos (los del menor, los de los progenitores y los de orden público).

permita evaluar en profundidad cuál sea el mejor interés del menor sustraído en cada caso -más allá del neto factor de la mera devolución automática e inmediata al Estado de origen-, para que se dé así respuesta a esta compleja realidad<sup>45</sup> de manera garantista de los derechos fundamentales de los menores<sup>46</sup>. Ahora bien, el interés superior del menor es un paraguas muy amplio e indeterminado que es necesario concretar según el escenario ante el que nos encontramos, tal y como proclama Tribunal de Estrasburgo. Así, en el caso *X v. Letonia*, el Tribunal concluye que el interés superior del niño no se puede entender de la misma forma según si el juez debe examinar una demanda de restitución en virtud del Convenio de La Haya, o si debe pronunciarse sobre cuestiones de fondo en una demanda sobre custodia o autoridad parental; concretando que ese interés se relaciona en el Convenio de La Haya con el restablecimiento del *statu quo* del menor. Así pues, en el marco de un procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya, el interés superior del niño se debe evaluar a la luz de las excepciones contempladas en el Convenio. A mayor abundamiento, respecto del papel del Tribunal de Estrasburgo en este tipo de supuestos -procedimientos de retorno ante casos de sustracción internacional de menores-, esta sentencia resulta meridiana, por cuanto que el TEDH no puede sustituir la evaluación de los tribunales nacionales con su propio examen<sup>47</sup>. Ahora bien, debe asegurarse que los procesos decisorios de los tribunales nacionales que los llevan a adoptar las medidas en esta materia -que pueden resultar impugnadas- sean equitativos, permitan a los interesados hacer valer sus derechos plenamente y respeten el interés superior del niño. Asimismo, no hay que olvidar que los derechos fundamentales del menor<sup>48</sup> -y de otras partes implicadas<sup>49</sup>- también pueden verse conculcados si por el Estado de traslado o retención no se acuerdan las medidas necesarias para hacer efectiva la restitución -a la mayor brevedad posible- en el marco del Convenio de la Haya, como así se ha manifestado el TEDH.

**20.** Eventualmente, en este contexto incluso también cabría considerar que a través del art. 20<sup>50</sup> del Convenio se abriría la vía al principio superior del menor como causa de denegación de la obligación de la restitución del art. 12<sup>51</sup>. Una aproximación de la materia en relación con los derechos fundamen-

---

<sup>45</sup> Esta aproximación se manifestó no solo respecto del Convenio de la Haya de 1980 sino incluso en relación con el Reglamento Bruselas II *bis*, planteándose si retornos expeditivos y cuasi automáticos de menores, como los que promulga este Reglamento -procesos urgentes y sumarios-, no conllevaría de hecho indudables vulneraciones de los derechos humanos. *Vid.* F.J. FORCADA-MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución...”, *loc. cit.*, p. 8.

<sup>46</sup> Lo que por otro lado ya está previsto en el art. 20 del Convenio de la Haya como causa de denegación, que legitima el incumplimiento de la obligación de la restitución automática del art. 12, cuando dicho cumplimiento no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (esto es, cuando lo impida en definitiva el orden público del Estado requerido, en el que se integran los derechos y libertades fundamentales).

<sup>47</sup> Como parecía deducirse del párrafo 139 de la sentencia *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (*loc. cit.*). Precisamente un análisis crítico de esta sentencia desde la perspectiva del papel del TEDH en la interpretación y aplicación de este instrumento puede verse en M. CELIS AGUILAR, “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia*”, *ACDI (Anuario Colombiano de Derecho Internacional)*, vol. 13, 2020, pp. 209-249.

<sup>48</sup> En este sentido, la STEDH de 25 de enero de 2000, en el asunto *Ignaccolo-Zenide v. Rumania* (nº 31679/96, referencia INDACAT: HC/E/RO 336) por la que se condenó a Rumania por violación del artículo 8 del CEDH, al no haber adoptado las medidas razonablemente exigibles para hacer cumplir una resolución de retorno dictada en el contexto del Convenio de La Haya de 1980.

<sup>49</sup> No solo se ven afectados los derechos fundamentales de los menores en caso de inobservancia de las obligaciones impuestas por el Convenio por los Estados parte, por cuanto que estas se presuponen por el progenitor demandante de la restitución y conlleva que se vea desprovisto de la necesaria protección y, por tanto, que se vea vulnerado su derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH. Precisamente a esta conclusión llega el TEDH en su sentencia de 28 de abril de 2015, asunto *Ferrari c. Rumania* (nº 1714/10, referencia INDACAT: HC/E/RO 1354); y en la sentencia de 1 de julio de 2014, asunto *Blaga c. Rumania* (nº 54443/10, referencia INDACAT), si bien por decisión mayoritaria (con opinión disidente del Juez López Guerra, a quien se sumó el juez Motoc), el TEDH determinó que había habido una violación del art. 8 de la CEDH y, por unanimidad, que se ha producido una violación del art. 6 del CEDH (por las dilaciones sufridas en el procedimiento de más de 5 años).

<sup>50</sup> Que permite a la autoridad nacional competente denegar la devolución del menor cuando la restitución fuera contraria a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

<sup>51</sup> *Vid.* “Informe Explicativo” de E. PÉREZ VERA (*loc. cit.*) número 33. En relación con este motivo de denegación de devolución del menor, y las cuestiones de aplicación en el caso de Estados parte plurilegislativos de base personal, puede verse

tales consagrados en nuestra Carta Magna ha supuesto que el TC haya tenido que fiscalizar el tema a la luz de los derechos fundamentales de protección de la vida familiar (art. 18 CE), del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), la protección del interés superior del niño (del art. 39 CE) o de la tutela judicial efectiva (24 CE).

De entre ellas, cabe destacar la Sentencia (Sala segunda) del TC nº 16/2016, de 1 de febrero de 2016<sup>52</sup>, de la que cabría deducir que en términos generales el interés superior del menor estaría por encima de cualquier otro interés en pugna en litigios en los que se encuentren menores implicados<sup>53</sup>, incluyendo supuestos de sustracción internacional. Esta resolución surgió a raíz del recurso de amparo presentado por una mujer frente a Auto de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>54</sup> que la obligaba a entregar a su hija de 5 años a su exmarido y padre de la niña (de nacionalidad suiza y residente en aquel país), como resultado de la demanda de restitución incoada, en tiempo y forma, en el marco del Convenio de la Haya de 1980 con base en su art. 12 -sin tener por tanto en cuenta si la menor estaba o no integrada ya en España-. En este asunto el TC entró a valorar la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) alegada por la madre, que consideraba que había existido falta de motivación en el Auto que se recurre en amparo por varios motivos, a saber: contradicción con otras resoluciones judiciales; falta de ponderación de la situación actual de la menor a la hora de valorar el interés superior de la misma, y discrepancia, a los efectos de determinar la concurrencia del motivo de denegación del retorno del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, a la hora de valorar la denuncia interpuesta por la madre por violencia doméstica<sup>55</sup>. Para valorar la adecuación constitucional del Auto recurrido (de su motivación), el Tribunal Constitucional recuerda que la fundamentación de las resoluciones se considera lesiva si en la resolución se observa una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor<sup>56</sup>.

Así, el principio del interés superior del menor se traduce en concretas obligaciones para los órganos judiciales -y consecuentemente para poder pasar el control de constitucionalidad-: a) están obligados a llevar a cabo un juicio de ponderación de los intereses en presencia, b) dicho juicio ha de constar expresamente en la resolución, y c) han de identificarse los bienes y derechos concurrentes, que afectan a las distintas partes implicadas, para así poder realizar una valoración de la medida que se adopte, en el sentido de si resulta necesaria y proporcionada. En el asunto analizado, para el TC el análisis del juicio de ponderación en relación con el interés superior del menor del Auto de la Audiencia pasaría por verificar dos cuestiones: por un lado, si se han tomado en consideración las circunstancias actuales del menor, a la hora de ponderar su interés superior para detener la restitución inmediata al país de origen y, por otro, la concurrencia del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio<sup>57</sup>.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones<sup>58</sup>, el TC afirma que la integración del menor “constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento

---

H. VAN LOON, “The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law”, *CDT* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 261-267, en esp. p.262; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 47-62, en esp. p. 56.

<sup>52</sup> Recurso de amparo nº 2937/2015, (RTC/2016\16). BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016, páginas 18444 a 18459.

<sup>53</sup> Este interés ha de presidir la decisión a tomar por los jueces, debiendo ponderarlo con el interés de los progenitores, ya que, si bien éste es de menor rango, no ha de ser menospreciado (FJ 6º).

<sup>54</sup> Sección Vigésima Segunda, de 31 de marzo de 2015. Auto que aclara que el objeto de la apelación es el Auto del Juzgado de 14 de abril de 2014 que resuelve exclusivamente desestimar la solicitud de retorno de la menor, sin acordar pronunciamiento sobre jurisdicción y competencia y confirma de forma motivada la competencia del Juzgado de Violencia núm. 11 de Madrid.

<sup>55</sup> Un análisis crítico de esta sentencia, junto con el ATC119/2015 de 6 de julio, puede verse en F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, Vol. 68, No. 2 (JULIO-DICIEMBRE 2016), pp. 337-346.

<sup>56</sup> *Id.* STC 16/2016, FJ 6º, en el que se remite a la STC (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2014 (RTC 2014\138).

<sup>57</sup> Un análisis exhaustivo de esta sentencia, con especial dedicación a la integración del menor como manifestación del interés superior en el asunto de referencia, y en general en la jurisprudencia del TC, puede verse en C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *CDT*, Vol. 8, No 2 (2016), pp. 77-91.

<sup>58</sup> En la que nos vamos a centrar, por ser este aspecto el relevante a los efectos de concluir la adecuación de la sentencia principal objeto de estudio.

de inmediata restitución” (FJ 10º). Si bien, a la luz de este Convenio la integración del menor solo se toma en consideración si ha transcurrido el plazo del año señalado en el párrafo primero del art. 12, cosa que en este asunto no correspondía con los hechos, pues la restitución se solicitó por el padre en el plazo de 3 meses. Aun así, el TC, en consideración al plazo total transcurrido desde el traslado hasta la resolución del asunto -con independencia de las causas que provocaron el lapso temporal de los veinte meses-, entiende que, en consideración al interés superior de la menor, debía ser valorada la situación actual del niño, puesto que puede haberse producido una plena integración de la menor en su nuevo medio. Así pues, la Sala Segunda del TC decide anular el Auto que ordenaba la devolución de la niña (en segunda instancia) argumentando que sus circunstancias no fueron tenidas en cuenta y que el interés superior de la menor obligaba a valorar su integración en España y que, por tiempo transcurrido, cabría concluir que ya estaba integrada en el nuevo entorno. Concluyendo, en consecuencia, que la resolución objeto de amparo incurre en defectos de motivación que se traducen en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la recurrente<sup>59</sup>.

Las circunstancias concurrentes en este asunto son muy significativas a los efectos de analizar el resultado del TC -que no es extrapolable al supuesto de hecho objeto de estudio-. No solo se produjo dilatación del procedimiento de restitución por cuestiones de competencia objetiva entre los juzgados de primera instancia y de violencia<sup>60</sup>, vinculado al hecho de la existencia de denuncias de malos tratos de la madre frente a su expareja, tanto en España como en Suiza<sup>61</sup> (siendo que los autos resolviendo sobre competencia fueron recurridos por el padre en segunda instancia); sino que el procedimiento de sustracción internacional de menores (seguido finalmente ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer núm. 11 de Madrid) se encuadraba en un entramado de procedimientos subsiguientes a la sustracción (tanto de orden civil como penal). Solo en el orden civil, ante los tribunales suizos se tramitaron dos procedimientos que otorgaban la guarda y custodia de la menor al padre<sup>62</sup>; y ante los tribunales españoles, un procedimiento de medidas paternofiliales<sup>63</sup> (ante el mismo Juzgado de Violencia que conoce de la restitución), con medidas provisionales previas sobre la menor<sup>64</sup> (que mediante Auto de 15 de abril de 2014, de forma provisional, atribuía la guarda y custodia a la madre, la patria potestad a ambos progenitores y un régimen de visitas para el padre y obligación de alimentos, así como prohíbe la salida del territorio nacional de la menor sin consentimiento expreso de ambos progenitores o, en su defecto, sin autorización judicial). Las resoluciones suizas que otorgaban la custodia al padre tratan de ser reconocidas infructuosamente<sup>65</sup> en España mediante exequatur<sup>66</sup>.

Además, el hecho de que el padre estuviera imputado por un delito de violencia de género contra la madre -aunque no se hubiera acordado orden de protección en España y previo sobreseimiento

---

<sup>59</sup> Se vincula, además, esta conclusión con el cumplimiento de las exigencias derivadas del derecho al respeto a la vida privada y familiar del menor (art. 8 CEDH) en los términos expresados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto obliga a los órganos judiciales nacionales a expresar una decisión suficientemente motivada que refleje un examen eficaz de las causas alegadas como excepción al retorno del menor (FJ 10º).

<sup>60</sup> El procedimiento en primera instancia sufrió varias dilaciones debido a cuestiones de competencia objetiva entre el juzgado de primera instancia y el de Violencia de género. Los Autos de instancia sobre la competencia son también recurridos en apelación (solicitando su nulidad), junto con el pronunciamiento sobre la denegación de restitución del menor -que es finalmente sobre lo que resuelve la Audiencia Provincial, *vid supra* nota 47).

<sup>61</sup> Por hechos supuestamente cometidos en España, Suiza y Grecia. Aunque las denuncias por violencia entre los progenitores eran cruzadas.

<sup>62</sup> Procedimiento de medidas previas super provisionales, resuelto por providencia del Tribunal Regional de las Montañas y Val-de Ruz de 12 de septiembre de 2013, y de medidas provisionales, resuelto por Auto del mismo órgano judicial de 11 de diciembre de 2013, confirmada por resolución del Tribunal Cantonal de Neuchâtel de 10 de febrero de 2014 y finalmente por Sentencia del Tribunal Federal de Laussanne, de 25 de junio de 2014

<sup>63</sup> Autos de guarda y custodia 5-2014) en el que la demanda fue admitida a trámite por Decreto del Juzgado de 26 de junio de 2014

<sup>64</sup> Demanda de medidas provisionales previas 1-2014. En el curso de las medidas provisionales previas se desestimó una declinatoria de jurisdicción planteada por el padre mediante el Auto de 3 de marzo de 2014, confirmado por Auto de 2 de junio de 2014.

<sup>65</sup> La solicitud fue desestimada por Auto de 23 de junio de 2014.

<sup>66</sup> Solicitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid. Autos 911-2013.

provisional de la causa penal incoada<sup>67</sup>- justifica que el Auto del Juzgado de violencia que conoce de la restitución fundamente la denegación de la restitución del menor con base en el art. 13 letra b del Convenio de la Haya; circunstancia que fue desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid, al resolver sobre la restitución en segunda instancia considerando no probado el peligro respecto del menor -sino en relación con la madre-, reproduciendo el art. 12 del Convenio de la Haya para acordar la devolución. En este contexto, con todos estos factores concurrentes, el TC considera que la resolución recurrida adolece de la motivación debida en los términos ya expuestos.

**21.** En el caso de referencia no existen factores externos particulares que pudieran exigir que, con base en el interés superior del menor, el tribunal nacional que debe resolver sobre la devolución (la Audiencia Provincial en apelación) haga un mayor análisis de fondo para justificar la excepción a la regla general (*v. gr.* antecedentes de violencia doméstica, dejación en el ejercicio de los deberes paternofiliales, oposición expresa del menor, etc.). Pues según se desprende de los autos, la razón que esgrime la Audiencia para entrar a valorar la integración del menor en el España es que se está ante un supuesto del segundo párrafo del art. 12, por haber transcurrido el plazo del año, cuando el cómputo no se ha realizado correctamente como ya se ha expuesto. Por ello, el recurso al principio del interés superior del menor para denegar la restitución, no procediendo la excepción del segundo párrafo del citado precepto, solo correspondería cuando se verificaran de forma fehaciente alguna de las causas de oposición a la devolución del art. 13 –que en el caso objeto de análisis no se han referido ni en primera ni en segunda instancia– o en caso del art. 20 (que tampoco procede su apreciación en el asunto de referencia).

El mero transcurso del tiempo desde que se produce el traslado ilícito hasta la resolución del procedimiento (cuando la restitución fue solicitada en tiempo y forma por el legitimado), en sí mismo considerado, no puede ser la base para introducir la valoración de la integración en el nuevo medio de forma automática, a través del recurso al principio genérico del interés superior del menor, para oponerse y denegar la devolución. Más aún cuando se verifica el incumplimiento en los plazos establecidos en la legislación procesal nacional para resolver este tipo de procedimientos por la autoridad judicial competente (incumpliendo así mismo la “urgencia” que reclama e impone el Convenio de la Haya<sup>68</sup>). La posible dilatación del procedimiento en sede judicial, en sus distintas fases (incluidos recursos en otras instancias), es un factor que no depende de las partes y que su consideración sin más argumentos, basados en elementos fácticos objetivos y específicos del caso concreto<sup>69</sup> (que permitieran fundamentar una excepción a la obligación de devolución automática), supondría inclinar la balanza injustificadamente a favor del progenitor que ha sustraído ilícitamente al menor en detrimento de los derechos fundamentales del progenitor que ha actuado correctamente (siguiendo las instrucciones normativas, con expectativas legítimas para ver satisfecha su solicitud); en mayor medida en aquellos casos en los que la ley nacional permita recurrir a artimañas procesales por las partes para dilatar los procedimientos. En este sentido, se crearía un precedente peligroso -una especie de *fórum shopping*-, en la medida que con acudir a aquellas jurisdicciones más “lentas” en la resolución de los asuntos (o incluso dentro de una misma jurisdicción nacional, a aquellos partidos judiciales con “mayor atasco”) el recurso al interés superior del menor justificaría la valoración de la integración del menor por el tiempo transcurrido hasta la resolución (agotando todas las instancias); lo que dependiendo de la edad del niño puede ser una cuestión casi automática de denegación u oposición a su retorno.

<sup>67</sup> Si bien, posteriormente procedida la reapertura de las actuaciones en Auto de 27 de noviembre de 2013, pendiente de resolución a fecha de resolución del recurso de amparo.

<sup>68</sup> De conformidad con sus artículos 2 y 11.

<sup>69</sup> Que es en definitiva extrapolar lo que se reclama por la doctrina que se manifiesta favorable a un análisis específico y particular del mejor interés del menor en los casos de sustracción de menores y no a una aplicación de este criterio automática en la que se identifique dicho interés a la devolución inmediata sin más revisión de las circunstancias concurrentes; típicamente en relación a supuestos vinculados a casos de violencia de género, dejación del ejercicio de funciones, u otros factores que repercuten negativamente sobre el menor -no como en el asunto de referencia-. En este sentido, puede verse, J. FERNÁNDEZ NIETO, “Sustracción internacional de menores e indisponibilidad del principio universal «interés superior del menor» en los procesos de violencia de género y custodia: los verdaderos obstáculos en la armonización del derecho de familia europeo”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 130, 2018.

No obstante, no cabe duda de que sea o no imputable a las partes el transcurso del tiempo, esto incide en la eventual apreciación de la integración del menor en el nuevo entorno -en interés de éste-. Dependiendo de la edad con la que cuente el niño y la extensión del plazo transcurrido -en atención a las circunstancias particulares<sup>70</sup>- todo ello puede ser determinante para considerar que un nuevo cambio sea más perjudicial que beneficioso para el menor. Ahora bien, en cualquier caso, no puede entenderse que esta apreciación sea, fuera de las excepciones marcadas por el Convenio, labor de la autoridad que debe de resolver sobre la restitución, sino que debe apreciarse por la jurisdicción que tenga competencia para conocer sobre el fondo<sup>71</sup>: el derecho de guarda y custodia (ejercicio/atribución).

### III. Conclusiones: el Convenio de la Haya como una asignatura pendiente en la práctica nacional.

22. Las limitaciones del juzgador -en cuanto a los elementos de valoración- en el procedimiento sobre retorno del menor ante un supuesto de sustracción internacional en el marco del Convenio de la Haya de 1980 son evidentes, según se desprende del propio texto. El sistema del Convenio deja conscientemente al margen los aspectos relativos al fondo, esto es, la guarda y custodia del menor (su atribución, el ejercicio o su organización, tanto en lo que se refiere a la previa a la sustracción como a la posterior tras la devolución).

El pronunciamiento que los tribunales del Estado contratante de retención o traslado ilícito del menor dicte, en aplicación del instrumento, se debe limitar estrictamente a resolver si procede o no la devolución del menor al país en donde residía habitualmente. En caso de que se acuerde la restitución, serán las autoridades competentes del país de origen las que, en su caso, decidan sobre la custodia del menor -y cualesquiera otras cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre el menor-, solo en caso de que el retorno sea denegado, el tribunal del foro podrá entrar a conocer sobre el fondo como Estado de nueva residencia habitual del niño. Como consecuencia de esto, no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto, sobre las cuestiones relativas a la responsabilidad parental a las que típicamente se vincula la sustracción, ni valorarse por la autoridad judicial del Estado de ubicación física del menor (en el caso de referencia, por los tribunales españoles) cuál es la situación de los menores para decidir con cuál de los progenitores deben convivir. La autoridad judicial debe limitarse a verificar si concurren o no las condiciones marcadas por el Convenio para proceder a la devolución del menor -o denegarla- sin entrar en el fondo del asunto, es decir, en la atribución /ejercicio del derecho de custodia en pugna, que en principio tendrá que ser el debatido y resuelto en el Estado de origen por ser la residencia habitual del menor (salvo que se adquiriera la consideración de nueva residencia del menor).

En caso contrario, si el tribunal del foro apreciara circunstancias o elementos de valoración ajenos a las condiciones marcadas en el Convenio para fundamentar su resolución, esto es, si buscara causas o factores no previstos ni referidos en el instrumento para resolver sobre la devolución (más allá de la causas de oposición de los arts. 13 y 20 y la excepción del párrafo segundo del art. 12), se estaría vulnerando la finalidad de la norma. El principal objetivo que fundamenta y justifica su existencia, no es otro que garantizar la inmediata devolución del menor al Estado de origen, es decir, al de su residencia habitual antes de ser trasladado o retenido ilícitamente a otro Estado contratante -y ello pese a que su cumplimiento pueda resultar eventualmente perjudicial para el menor en un futuro<sup>72</sup>-.

---

<sup>70</sup> Un ambiente familiar, social y cultural del nuevo entorno que permita garantizar el correcto desarrollo del menor (en el plano físico y psicológico), de modo que su permanencia en el nuevo país resulte más ventajosa que su devolución al Estado de origen.

<sup>71</sup> En esta línea, C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "El interés superior del menor...", *loc. cit.*, p. 91.

<sup>72</sup> En este sentido, se ha manifestado cierta doctrina afirmando que el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de esta norma podría implicar la vulneración de los intereses de los menores si llegara a suponer a corto o largo plazo consecuencias perjudiciales para el menor. *Cfr.* G. MORENO CORDERO, "Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor" en M<sup>a</sup>. C. GARCÍA GARNICA / N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 607-635, en esp. p. 632.

**23.** El cómputo del plazo que rige la regla general del art. 12, que obliga a los Estados contratantes a la devolución automática del menor si no ha transcurrido un año desde que se produjo el traslado o retención ilícito, plantea en la práctica distintas cuestiones interpretativas no uniformizadas para los Estados contratantes (más allá de las precisiones sobre la extensión del plazo y la finalización del mismo en los informes explicativos), por cuanto que las indicaciones referidas al inicio del cómputo (*dies a quo*) están abiertas a interpretación discrecional de los hechos por las autoridades competentes para resolver sobre la devolución del menor<sup>73</sup>; lo que condiciona significativamente el resultado del procedimiento de restitución (de lo que da muestra la sentencia objeto de análisis).

En el caso de referencia no puede desconocerse que el padre solicitó la restitución en tiempo, esto es, antes del transcurso del año desde que se produjo el traslado ilícito –debiéndose computar como tal cuando el traslado a España pasó de tener carácter temporal, y por tanto autorizado, a ser definitivo-, solicitando de manera casi inmediata a la autoridad central española competente la restitución (dejando al margen la dilación de esta autoridad a la hora de formular demanda en sede judicial a tales efectos, tardando desde julio hasta noviembre de 2019). De esta suerte, el padre debería haber obtenido el retorno automático e inmediato del menor -impuesto en el art. 12 primer párrafo a las autoridades de los Estados contratantes- sin que el juzgador (la Audiencia provincial en resolución del recurso de apelación) pudiera entrar a valorar factor alguno adicional, como es que el menor pudiera estar integrado en el nuevo entorno, por supuesta imposición del interés superior del menor -dado que no concurren las circunstancias del segundo párrafo del art. 12-. Más aún cuando, como ya se ha indicado en párrafos precedentes, este criterio indeterminado -el interés superior del menor- no aparece referido expresamente en la disposición aplicable, por lo que no puede operar como criterio corrector del objetivo de la norma convencional -tal y como ha sido delimitado en los informes explicativos<sup>74</sup>-. En caso contrario, si se impone una aplicación restrictiva del instrumento haciendo una interpretación de la disposición (art. 12) contraria a la finalidad y objetivos de la norma, con fundamento último en el interés superior del menor, podría suponer una lesión a la tutela judicial efectiva del progenitor (art. 24 CE/art. 6 CEDH) que solicita restitución en los términos establecidos en el Convenio con legítimas expectativas de éxito.

**24.** Por último, cabe constatar que tanto en primera como en segunda instancia los tribunales nacionales han aplicado de forma deficiente e incorrecta las medidas procesales previstas por la LEC para el cumplimiento de las obligaciones derivadas para España de este Convenio (si bien, por distintos motivos). Previamente a la modificación de la LEC en este sentido (operada por la LJV), podría concluirse que la aplicación por nuestros tribunales del procedimiento especial consagrado en la norma de 1881, para dar respuesta a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, conllevaba en términos generales el incumplimiento de la exigencia de la brevedad de los plazos establecidos en el Convenio, e incluso, en última instancia, de proceder al retorno del menor desplazado a España ilícitamente<sup>75</sup> -es más, incluso podía conducir a situaciones claudicantes y, sobre todo, lesivas de derechos

---

<sup>73</sup> La exploración de potenciales formas normativas, instrumentos o mecanismos que permitieran mejorar la aplicación del Convenio, en particular la posibilidad de articular textos legales obligatorios, como un Convenio o un Protocolo, y el uso de recomendaciones, declaraciones, Leyes modelo, principios generales y guías de buenas prácticas, así de como potenciales *handbooks* en este contexto se ha puesto de manifiesto de forma reiterada desde la aprobación del texto convencional en la consecutivas reuniones de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenio de 25 de octubre de 1980 y de 19 de octubre de 1996 de la Conferencia de la Haya, sin resultados concretos por la falta de unanimidad manifestada por los Estados contratantes, más allá de las guías de buenas prácticas publicadas por esta instancia internacional y las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños a las que llega en sus reuniones periódicas. La doctrina también se ha manifestado en este sentido favorable, en particular, a la conveniencia de adoptar un Protocolo para solventar las deficiencias del texto convencional en los distintos aspectos problemáticos (entre otros, el alcance e interpretación del art. 21 sobre la extensión del procedimiento al derecho de visita, aplicación en relación con las denominadas cláusulas *Ne Exeat, etc.*). A este respecto véase la referencia doctrinal recogida en F.J. FORCADA-MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución...”, *loc. cit.*, en su nota nº 5.

<sup>74</sup> *Loc. cit.* números 20 -26, en esp. núm. 23.

<sup>75</sup> *Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ*, “Desplazamiento internacional de menores...”, *loc. cit.*, pp. 52-56 y jurisprudencia ahí referida.

fundamentales, tales como la tutela judicial efectiva<sup>76</sup>-. Todo ello se ha tratado de superar, al menos en apariencia, con la nueva reglamentación procesal de las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (Cap. IV *Bis* LEC). Así, se prevé un procedimiento especial aplicable para la ejecución de un convenio internacional -o las disposiciones de la Unión Europea- que 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, con plazos de urgencia en las dos fases en las que puede desarrollarse en procedimiento, previendo expresamente que en caso de recurso de apelación éste tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución por la que se acuerda la restitución para garantizar los derechos fundamentales de todas las partes (art. 778 *quinquies* LEC).

La aplicación por las autoridades judicial de las medidas procesales nacionales necesarias para llevar a cabo el proceso de restitución indicado en el Convenio -en tiempo o en infracción de los plazos señalados, como en el caso de referencia-, no deberían incidir en la obligación de restitución automática del art. 12. En particular, para fundamentar eventuales resoluciones de denegación de devolución, como parece que ocurre en la práctica jurisprudencial nacional bajo el paraguas del interés superior del menor, justificando en ello la valoración de la integración del niño en España (en concreto, con base en la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 8 CEDH y de nuestro TC como manifestación del derecho fundamental del art. 39 CE). Esta aproximación no significa que se desconozca la importancia de valorar la integración del menor en el nuevo medio en cumplimiento del mejor interés del niño. No obstante, fuera de los casos establecidos en el propio Convenio, su apreciación -con las correspondientes consecuencias en la atribución y/o ejercicio del derecho de guarda y custodia- no puede realizarse en el marco de un procedimiento de restitución, sino en todo caso en un procedimiento sobre el fondo del asunto (que generalmente tendrá que sustanciarse ante los tribunales del Estado de origen, por cuanto que conservan su competencia como país de residencia habitual del menor en los casos de sustracción para conocer sobre las acciones relativas a la responsabilidad parental y medidas de protección de los menores<sup>77</sup>).

---

<sup>76</sup> A este respecto véase STC 120/2002, de 20 de mayo BOE núm. 146, de 19 de junio de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:120), por el que se concede el amparo por la falta de obtención de una decisión judicial sobre el fondo del asunto fundamentada en Derecho, en un caso en el que la Audiencia Provincial de Madrid no resolvió sobre el fondo en un recurso de apelación no suspensivo, formulado por la madre frente a sentencia de primera instancia por la que se declaraba el traslado del menor de Polonia a España como ilícito y se acordaba la restitución inmediata del mismo, por cuanto que dicha restitución fue realizada, y se entendió por el tribunal *ad quem* que, consecuentemente, el recurso había quedado vacío de contenido. Un análisis pormenorizado de esta sentencia en *Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Desplazamiento internacional de menores..."*, *loc. cit.* Esta cuestión queda superada en la actualidad dados los efectos suspensivos del recurso de apelación formulado frente a la eventual sentencia de retorno que establece el vigente art. 778 *quinquies* en su numeral 11.

<sup>77</sup> En el caso de referencia, de conformidad con el art. 7 del Convenio de la Haya de 1996.

# BREXIT E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO TRA ROMA, BRUXELLES E LUGANO: “HOW CAN I JUST LET YOU WALK AWAY ?”

## BREXIT AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, BETWEEN ROME, BRUSSELS AND LUGANO: “HOW CAN I JUST LET YOU WALK AWAY?”

BERNARDO CORTESE

*Professore Ordinario di Diritto dell’Unione europea  
Università di Padova. Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario /  
Scuola di Giurisprudenza*

Recibido: 23.09.2020 / Aceptado: 05.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5956>

**Riassunto:** Quali sfide pone Brexit per il diritto internazionale privato in materia civile e commerciale, nei rapporti tra UE e Regno Unito? Come affrontare quelle sfide? L’articolo cerca di dare risposta a queste domande, con riferimento ai Regolamenti Roma I, Roma II, Bruxelles I(bis) e alla Convenzione di Lugano del 2007. In tale contesto sono analizzate le regole e i principi giuridici applicabili tanto nella fase del periodo transitorio, quanto in quella successiva. In particolare, si considerano le prospettive di un *cliff-edge scenario* al termine del periodo transitorio, individuando nell’ambito della giurisdizione i profili in cui il traffico giuridico rischia di subire una pesante compromissione. Il lavoro si chiude con alcune proposte per un percorso negoziale capace di depotenziare quel rischio.

**Parole chiave:** diritto internazionale privato, giurisdizione, riconoscimento delle sentenze, Brexit.

**Abstract:** What challenges does Brexit pose for private international law in civil and commercial matters, in EU/UK cases? How to address those challenges? The article attempts to answer these questions, with reference to the Rome I, Rome II, Brussels I(bis) Regulations and the 2007 Lugano Convention. In this context, the rules and legal principles applicable both during the transition period and afterwards are analysed. In particular, the prospects of a cliff-edge scenario at the end of the transition period are considered; jurisdiction and recognition of decisions are identified as areas in which legal traffic risks being heavily compromised. The article puts forward some proposals for a negotiating path capable of depotentiating that risk.

**Keywords:** private international law, jurisdiction, recognition of judgments; Brexit

**Sommario:** I. Introduzione. 1. Premessa... semiseria. 2. Piano del lavoro. II. Il recesso. 3. L’Accordo di recesso dall’Unione: la perdurante applicazione del diritto dell’Unione nel periodo transitorio. 4. Segue: Il periodo transitorio e gli accordi internazionali conclusi dall’Unione. 5. Le conseguenze del recesso sul diritto dello Spazio Economico Europeo (e sulla Convenzione di Lugano). III. Il diritto internazionale privato dell’Unione e la sua applicazione al Regno Unito durante il periodo transitorio. 6. I regolamenti Roma I e Roma II. 7. La Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. 8. Il regolamento Bruxelles I (bis). 9. ...e le convenzioni su giurisdizione e riconoscimento: la Convenzione di Bruxelles del 1968... 10. ...la Convenzione di Lugano del 2007. 11. Le convenzioni dell’Aja del 2005 e del 2019. IV. *Cliff-edge scenario*.

12. Una biforcazione. 13. Il diritto applicabile: verso una continuità delle regole. 14. Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze: l'impossibile reviviscenza degli accordi bilaterali e l'urgenza di un accordo su una *convention double*. 15. Il rischio di conflitti di giurisdizione: a) i principi. 16. Segue: b) Il concreto modificarsi dei titoli di giurisdizione. 17. Gli ostacoli al riconoscimento delle sentenze britanniche nell'Unione. 18. ...e gli ostacoli al riconoscimento delle sentenze continentali nel Regno Unito. 19. Ritorno sulla necessità di instaurare un quadro di collaborazione attorno ad una *convention double*. 20. L'insufficienza degli strumenti dell'Aja. 21. L'adozione di un regime unilaterale britannico modulato sul regime di Bruxelles / Lugano come possibile soluzione ponte. 22. ...completata da un parallelo regime speciale UE. V. Conclusioni. 23. Conclusioni operative: Il percorso per un possibile accordo *ad hoc*. 24. Conclusioni semiserie: *As you like it...*

## I. Introduzione

1. “How can I just let you walk away / Just let you leave without a trace? / (...) And you coming back to me is against all odds”<sup>1</sup>. Scherzosamente, si potrebbe iniziare con queste strofe di una famosa canzone di Phil Collins quasi ogni pezzo su Brexit: di certo, uno su Brexit e diritto internazionale privato da una prospettiva continentale.

In fondo, Brexit, come la canzone di Collins, è la storia di un fallimento... amoroso. Del resto, il paradigma del divorzio è presto entrato nel linguaggio istituzionale di Brexit, almeno in riferimento alla definizione degli obblighi finanziari del Regno Unito in relazione agli impegni assunti, *pro quota*, in quanto membro dell'Unione<sup>2</sup>. Si tratta qui di un'*unione* (intesa come rapporto) lunga, per quanto riguarda il Regno Unito, mezzo secolo. Uno dei partner di quell'*unione* si era certo stancato quasi subito del rapporto, ma rimaneva, pur ostile e riottoso, nella casa comune: il suo effettivo allontanarsi, infine, produce incredulità, insieme ad una residua, tenue speranza che il legame possa rinsaldarsi, contro ogni aspettativa.

Come spesso accade nei divorzi, del resto, anche in questo caso tutto rischia finire danneggiato dal rancore di fondo: anche quegli aspetti del vivere insieme che sembravano non porre grandi problemi. Ed è questo il caso, in particolare, della partecipazione del Regno Unito al diritto internazionale privato dell'Unione: una partecipazione che, a parte qualche scossone (*forum non conveniens*, *anti-suit injunctions...*) sembrava procedere in modo più che tollerabile, nell'interesse di tutti<sup>3</sup>.

2. Dopo questa premessa semiserie, proviamo a mettere le carte in tavola, inquadrando i temi giuridici oggetto del presente lavoro. L'intenzione è di occuparci qui dell'influsso del recesso del Regno Unito dall'Unione sul diritto internazionale privato dell'Unione, in materia civile e commerciale: per l'essenziale, i regimi relativi alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, da una parte, e quelli in materia di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni, dall'altra. Per poter abbozzare un'analisi in materia, però, sarà anzitutto necessario fare i conti con il recesso nel suo insieme e, per l'essenziale, con l'Accordo di recesso tra l'Unione e il Regno Unito che ancora ci dà solo una serie di prospettive, ma nessuna certezza, se non di brevissimo termine. A ciò è dedicata, per l'essenziale, la prima sezione del presente lavoro. Il passaggio successivo ci porterà ad esaminare, nella seconda sezione, il curioso *status quo* determinato, in questo come in quasi tutti gli ambiti del diritto dell'Unione, dall'estensione di un periodo transitorio durante il quale uno Stato terzo, il Regno Unito, è considerato *come se* fosse ancora membro. Nella terza sezione, ci interrogheremo sugli scenari per il periodo in cui l'uscita del Regno Unito dall'orbita del diritto dell'Unione si sarà definitivamente prodotta. In particolare, proveremo a ragionare sui modi in cui i rischi di un *cliff-edge scenario* potranno essere mitigati, specie nell'area in cui quello scenario appare destinato a produrre gli effetti più significativi: quella della giurisdizione e del riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

<sup>1</sup> Phillip David Charles Collins, *Against All Odds* (1984).

<sup>2</sup> Cfr. European Commission, “Position paper transmitted to the UK: essential principles on the financial settlement”, 12 giugno 2017, accessibile on-line < [https://ec.europa.eu/commission/publications/position-paper-essential-principles-financial-settlement\\_en](https://ec.europa.eu/commission/publications/position-paper-essential-principles-financial-settlement_en) > (visto in luglio 2020). Il c.d. Brexit Bill è l'oggetto della parte V dell'Accordo di recesso (infra, nota 4).

<sup>3</sup> Cfr. però le pesanti critiche di T.C. HARTLEY, “The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, pp. 813-828.

## II. Il recesso

3. L'accordo sui termini del recesso del Regno Unito dall'Unione europea, tanto faticosamente entrato in vigore alla mezzanotte del 31 gennaio 2020<sup>4</sup>, risolve solo temporaneamente le questioni legate all'uscita del Regno Unito dall'Unione.

Esso infatti prevede un periodo transitorio durante il quale il Regno Unito, pur essendo uno Stato terzo ai sensi del diritto UE, continuerà ad applicare il diritto UE e ad essere equiparato ad uno Stato membro, ai fini dell'applicazione del vigente diritto UE<sup>5</sup> - fatto salvo l'intervenuto esaurimento di tutti i diritti e poteri di cui il Regno Unito godeva nell'ambito del sistema istituzionale dell'Unione in quanto Stato membro<sup>6</sup>.

Il periodo transitorio è destinato a scadere il 31 dicembre 2020<sup>7</sup>, salva una proroga frutto di accordo tra le due parti, che prenda la forma di decisione del “comitato misto” responsabile dell'attuazione dell'Accordo nei rapporti tra le parti contraenti<sup>8</sup>, da adottarsi entro il 1. luglio 2020<sup>9</sup>.

Poiché quella proroga non è stata convenuta nei termini previsti dall'Accordo, in linea di principio si deve assumere che il 31 dicembre 2020 sia ormai la data definitiva per il raggiungimento di un accordo che eviti la c.d. *hard Brexit*.

È però vero che nulla, in questo contesto negoziale degno di un dramma Shakespeariano, può escludersi con definitiva certezza... e così varrà la pena di mantenere aperta una porticina sull'eventualità che un prolungamento del periodo transitorio avvenga comunque. In fin dei conti, l'elasticità che caratterizza il diritto internazionale – oramai l'unico quadro in cui, da un punto di vista giuridico formale, si svolgono le relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea – consentirebbe di raggiungere un accordo novatore, sul punto, dell'Accordo di recesso, purché esso sia, per quanto riguarda il profilo della sua liceità interna nel diritto dell'Unione, concluso con le stesse modalità previste dall'art. 50, par. 2, TUE.

4. Un'ulteriore notazione s'impone circa gli accordi internazionali dell'Unione, che tanto rilievo hanno anche in relazione al diritto internazionale privato.

A tal riguardo, l'Accordo di recesso prevede anzitutto, al suo art. 2, lettera a), che si debbano intendere “diritto dell'Unione”, ai fini di quell'Accordo, anche “gli accordi internazionali di cui l'Unione è parte e gli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri a nome dell'Unione” (punto iv), nonché “gli accordi tra gli Stati membri conclusi in quanto Stati membri dell'Unione” (punto v).

Ciò posto, l'Accordo di recesso stabilisce, all'art. 129, par. 1, che “durante il periodo di transizione il Regno Unito è vincolato dagli obblighi derivanti dagli accordi internazionali conclusi dall'Unione, dagli Stati membri a nome dell'Unione o dall'Unione e dagli Stati membri congiuntamente”.

Ora, se non pone in sé problemi l'assunzione, in forza di un trattato internazionale qual è l'Accordo di recesso, di un obbligo a favore di terzi (da cui sorga, eventualmente, un diritto per questi)<sup>10</sup>, più dubbia è l'efficacia della precisazione, contenuta alla nota a piè di pagina 137 del testo ufficiale

<sup>4</sup> *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*, GUUE, n. C 384I, del 12 novembre 2019. Il titolo italiano dell'accordo è “Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica”. L'Accordo sarà indicato in questo lavoro come l'«Accordo di recesso». L'Accordo, finalmente approvato dalla *House of Commons* il 9 gennaio 2020 nel testo chiuso a livello di negoziatori il 17 ottobre 2019, dopo gli insuccessi della precedente versione davanti al Parlamento britannico, è stato firmato il 24 gennaio dall'Unione e dal governo britannico, per esser poi formalmente ratificato dal Regno Unito il 29 gennaio, approvato dal Parlamento europeo in quello stesso giorno, ed infine concluso per l'Unione dal Consiglio il 30 gennaio 2020. L'Accordo è entrato in vigore alla mezzanotte del 31 gennaio 2020.

<sup>5</sup> Accordo di recesso, Art. 127, parr. 3 e 6, salve le (relativamente numerose) deroghe specificamente previste nello stesso accordo.

<sup>6</sup> Accordo di recesso, secondo considerando ed art. 7 (oltre a varie altre disposizioni, che ne riprendono il senso in ambiti specifici e che non si ritiene opportuno qui richiamare).

<sup>7</sup> Accordo di recesso, art. 126.

<sup>8</sup> Accordo di recesso, art. 164.

<sup>9</sup> Accordo di recesso, art. 132, par. 1.

<sup>10</sup> Cfr. a tale proposito, l'art. 36 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ove si afferma che il consenso dello Stato terzo - considerato in quella sede necessario al sorgere di un diritto previsto a suo favore da un trattato concluso da altri - si presume.

dell’Accordo, secondo cui l’Unione comunica “alle altre parti dei suddetti accordi che durante il periodo di transizione, ai fini degli stessi, il Regno Unito va considerato Stato membro”.

In fondo, rispetto agli obblighi che Stati terzi hanno assunto nei confronti dell’Unione e del Regno Unito *in quanto Stato membro* di quella, si pretende con tale dichiarazione unilaterale – ché tale essa è nei confronti delle altre parti – di indurre un temporaneo effetto di successione a favore del Regno Unito, che di quegli accordi non è parte contraente a titolo individuale. Ora, ci si trova in una situazione che presenta manifeste analogie, dal punto di vista del diritto internazionale generale, con quella del distacco di uno Stato dal soggetto (normalmente uno Stato, qui l’Unione) che abbia originariamente concluso un trattato con un terzo Stato<sup>11</sup>. Sul punto sembra allora prudente muovere dall’assunto che tale successione, anche se temporanea, potrà aversi unicamente sul presupposto di una non opposizione delle altre parti contraenti<sup>12</sup>. Ciò, oltre a desumersi per analogia dallo stato della (pur molto variegata) prassi internazionale generale relativa alla secessione/dissoluzione<sup>13</sup>, trova conferma nella specifica prassi che si sta concretamente producendo in relazione agli effetti della Brexit sugli accordi bilaterali con la Svizzera<sup>14</sup> e in quella relativa all’Accordo AELS/EFTA, di cui si dirà poco oltre<sup>15</sup>.

Infine, sempre in relazione alle conseguenze della Brexit sulla dimensione esterna dell’azione dell’Unione nel periodo transitorio, è rilevante nel presente contesto notare che l’Accordo di recesso consente al Regno Unito svolgere le attività diplomatiche necessarie ad organizzare le sue future relazioni pattizie con Stati terzi – nonostante la sua assimilazione ad uno Stato membro per il resto dei profili rilevanti. All’art. 129, par. 4, di quell’Accordo si prevede infatti che il Regno Unito possa “negoziare, firmare e ratificare gli accordi internazionali cui ha aderito a proprio nome negli ambiti di competenza esclusiva dell’Unione, purché tali accordi non entrino in vigore né si applichino durante il periodo di transizione, salvo autorizzazione dell’Unione”.

**5.** Con il recesso dall’Unione, il Regno Unito ha altresì cessato di far parte dell’Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE). Si tratta di un Accordo c.d. misto, concluso cioè dall’allora Comunità e dai suoi Stati membri, da una parte, e dagli Stati membri dell’Associazione Europea di Libero Scambio (AELS/EFTA), dall’altra<sup>16</sup>. Poiché quell’accordo è lo strumento per rendere applicabile agli Stati AELS/EFTA una parte importante delle libertà del mercato interno, vincolandoli al tempo stesso all’*acquis*, il Regno Unito e gli Stati AELS/EFTA hanno ritenuto opportuno regolare specificamente le conseguenze sull’Accordo SEE del recesso del Regno Unito dall’Unione, ed hanno concluso uno specifico Accordo sulle conseguenze che il recesso del Regno Unito produce sulle relazioni con gli Stati AELS/EFTA<sup>17</sup>,

<sup>11</sup> Per tale parallelo, a dire il vero piuttosto naturale alla luce della dimensione sovranazionale e costituzionale del processo di integrazione europea, v. già M. WAIBEL, “Brexit and Acquired Rights”, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 61/2017, accessibile su SSRN all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3080210>, poi anche in *American Journal of International Law Unbound*, 2018, pp. 440-444, p. 442; G. SACERDOTI, “Il regime degli scambi del Regno Unito con l’Unione Europea e i Paesi terzi dopo la Brexit: opzioni e vincoli internazionali”, *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 685-714, p. 704; S. VEZZANI, “Gli effetti del recesso dell’Unione europea sui trattati conclusi dall’Unione europea e dallo Stato recedente”, *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 1040-1070, p. 1048 ss.

<sup>12</sup> Diversamente da quanto sostenuto da chi ritiene applicabile, per analogia, l’art. 34 della Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati nei trattati: cfr., con riferimento alla partecipazione del Regno Unito ad accordi dell’ambito WTO conclusi unicamente dall’Unione, L. BARTELS, “The UK’s Status in the WTO after Brexit” (September 23, 2016), accessibile su SSRN all’indirizzo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2841747>, p. 19. Nel senso invece della necessità di ottenere il consenso degli Stati terzi co-contraenti si veda M. DOUGAN, “An Airbag for the Crash Test Dummies? EU-UK Negotiations for a Post-Withdrawal “status quo” Transitional Regime under Article 50 TEU”, *Common Market Law Review*, Vol. 56, 2018, pp. 57-99, p. 97.

<sup>13</sup> Su cui in passato la stessa Corte di giustizia si è espressa (ed alla quale ha in effetti contribuito) con la sentenza 18 novembre 2003, causa C-216/01, *Budějovický Budvar, Raccolta* 2003, p. I-13617. Su quella sentenza e sui suoi rapporti con la prassi degli Stati F. CASOLARI, “La successione degli Stati nei trattati bilaterali al vaglio della Corte di giustizia: il caso *Budvar*”, *Rivista di diritto internazionale*, 2005, pp. 121-148: *ivi* anche riferimenti al dibattito dottrinale.

<sup>14</sup> La perdurante applicazione degli accordi bilaterali UE/Svizzera anche al Regno Unito è stata l’oggetto di uno specifico scambio di note tra Svizzera e UE: cfr. la nota informativa del governo federale elvetico accessibile su <https://www.sem.admin.ch/sem/it/home/aktuell/news/2020/2020-01-310.html> (visto in luglio 2020).

<sup>15</sup> *Infra*, par. 5.

<sup>16</sup> Accordo sullo Spazio economico europeo, fatto ad Oporto il 2 maggio 1992, ed entrato in vigore il primo gennaio 1994, ai sensi del suo art. 129, GUCE n. L 1 del 3 gennaio 1994, p. 3.

<sup>17</sup> *Agreement on arrangements between Iceland, the Principality of Liechtenstein, the Kingdom of Norway and the United*

cosiddetto *Separation Agreement*, non ritenendo sufficiente il generale meccanismo di continuità - salvo obiezioni sollevate dalle parti terze - previsto per il periodo transitorio nell’Accordo di recesso<sup>18</sup>.

Collegata alla partecipazione all’Accordo sullo Spazio Economico Europeo (e all’Unione, per gli Stati membri di questa) è anche la partecipazione alla Convenzione di Lugano del 2007, che ha sostituito la precedente convenzione di Lugano del 1988. Ad essa non è fatto alcun riferimento espresso né nell’Accordo di recesso, né nel *Separation Agreement*.

In relazione a tale convenzione, i contatti tra il Regno Unito e le parti contraenti “terze” hanno però confermato l’impostazione di temporanea continuità, auspicata dall’Unione al già menzionato art. 129, par. 1, dell’Accordo di recesso, cosicché il Regno Unito continuerà a beneficiare dell’applicazione della Convenzione di Lugano durante il periodo transitorio<sup>19</sup>.

### III. Il diritto internazionale privato dell’Unione e la sua applicazione al Regno Unito durante il periodo transitorio

6. Ciò posto da un punto di vista generale, durante il periodo transitorio – che esso duri soltanto fino al 31 dicembre 2020, o che sia rocambolescamente prorogato oltre quella data... *against all odds* – gli strumenti del diritto internazionale privato e processuale dell’Unione continueranno ad applicarsi tanto davanti ai giudici del Regno Unito, quanto davanti ai giudici degli Stati membri dell’Unione.

In particolare, secondo quanto disposto all’art. 66 dell’Accordo di recesso, il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>20</sup> continuerà ad applicarsi ai contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009<sup>21</sup>, ma “prima della fine del periodo di transizione”, mentre il Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali<sup>22</sup> continuerà ad applicarsi “ai fatti che danno origine a un danno, se verificatisi a partire dall’11 gennaio 2009<sup>23</sup>, ma prima della fine del periodo di transizione”.

Diversamente da quanto accadrebbe in caso di applicazione di quegli strumenti in quanto *retained legislation*<sup>24</sup> in assenza di accordo, per le fattispecie considerate dal regime transitorio disposto dall’Accordo di recesso il Regno Unito dovrà intendersi come “Stato membro” ai fini dell’applicazione di quei due regolamenti, secondo quanto previsto in linea generale dall’art. 7 dell’Accordo.

Ciò vale anzitutto, per l’essenziale, in relazione alle previsioni dell’art. 7 del Regolamento Roma I, in materia di legge applicabile ai contratti di assicurazione, nella parte in cui quelle previsioni si riferiscono a “rischi situati in uno Stato membro”. Ancora, l’equiparazione ad uno Stato membro rileva altresì nel contesto dell’art. 6, par. 3, lett. b) del Regolamento Roma II, in relazione agli atti limitativi della libera concorrenza, laddove si prevede che all’azione di risarcimento danni possa applicarsi il di-

---

*Kingdom of Great Britain and Northern Ireland following the withdrawal of the United Kingdom from the European Union, the EEA Agreement and other agreements applicable between the United Kingdom and the EEA EFTA States by virtue of the United Kingdom’s membership of the European Union*, fatto a Londra il 28 gennaio 2020, accessibile su [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/844413/2019-11-04\\_Updated\\_UK-EEA\\_EFTA\\_Separation\\_Agreement\\_.docx](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/844413/2019-11-04_Updated_UK-EEA_EFTA_Separation_Agreement_.docx) (visto in luglio 2020). L’accordo sarà qui di seguito indicato come *Separation Agreement*.

<sup>18</sup> Previsto dall’art. 129, par. 1, su cui v. *supra*, al par. 4 di questo lavoro.

<sup>19</sup> Si veda la nota informativa dell’Ufficio federale di giustizia elvetico, accessibile alla pagina <https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/wirtschaft/privatrecht/lugue-2007/brexit-auswirkungen.html>, e la corrispondente nota stampa 28 gennaio del *Ministry of Justice* del Regno Unito su <https://www.gov.uk/government/news/support-for-the-uks-intent-to-accede-to-the-lugano-convention-2007> (viste in luglio 2020).

<sup>20</sup> Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in GUUE n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

<sup>21</sup> Secondo quanto previsto dall’art. 28 del Regolamento Roma I.

<sup>22</sup> Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), GUUE n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

<sup>23</sup> Secondo quanto previsto dagli artt. 31 e 32 del Regolamento Roma II.

<sup>24</sup> Di cui si dirà meglio *infra* al par. 13. Sulla scelta del legislatore britannico di incorporare, per l’essenziale, i regimi previsti dai due regolamenti, nel futuro diritto internazionale privato del Regno Unito in quanto “retained legislation” cfr. A BRIGGS, “Brexit and Private International Law: An English Perspective”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 261-283, p. 279.

ritto del giudice adito, corrispondente al domicilio del convenuto o di uno dei convenuti, ove la lesione della concorrenza “interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro” di quel giudice, in relazione al singolo convenuto o a ciascuno dei convenuti.

Altrettanto deve dirsi con riferimento alle ipotesi più generali di limitazione della portata della scelta di legge nei due regolamenti, per le fattispecie in cui “tutti gli (altri) elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri”<sup>25</sup>.

Per il resto, evidentemente, i due Regolamenti non pongono problemi di questo tipo, avendo in linea di principio portata universale<sup>26</sup>.

7. Fermo restando quanto previsto nell’Accordo di recesso in relazione al Regolamento Roma I, vi sono due contesti, rispettivamente temporale e spaziale, in cui deve ritenersi che continui la vigenza della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>27</sup>, nonostante il silenzio mantenuto sul punto da quell’Accordo. Prima di esaminarli con un minimo di attenzione, credo però sia importante fare chiarezza sul persistente vigore, da un punto di vista generale, di quello strumento pattizio, e sulla sua estraneità alle previsioni (ad un tempo novative e dissolutive) dell’Accordo di recesso.

Anzitutto, si deve osservare che la Convenzione, entrata in vigore per il primo gruppo di Stati contraenti il 1° aprile 1991<sup>28</sup>, dopo il primo decennio di vigore si rinnova tacitamente di cinque anni in cinque anni, salvo denuncia<sup>29</sup>. Nessuno degli Stati che ne sono divenuti parte ha presentato tale denuncia. Essa è, dunque, uno strumento di diritto internazionale pattizio tuttora in vigore tra *alcuni* degli Stati membri dell’Unione<sup>30</sup> e il Regno Unito. Quest’ultimo, in particolare, non è vincolato da quella convenzione (come successivamente modificata) nei confronti degli Stati che hanno aderito all’Unione a partire dal 2004.

Ciò posto, è dubbio che ad essa possa considerarsi applicabile la previsione dell’art. 2, lettera a), punto v), dell’Accordo di recesso. In quella disposizione si fa riferimento, come si è ricordato, agli “accordi tra gli Stati membri conclusi in quanto Stati membri dell’Unione”, dei quali si afferma la natura di diritto dell’Unione, ai fini dell’Accordo di recesso.

Ora, a me sembra che quella previsione abbia un senso unicamente come espressione del tentativo (probabilmente vano) di tenere in vita la cooperazione rafforzata sul brevetto unitario, che si basa,

<sup>25</sup> Art. 3, par. 4 del Regolamento Roma I; art. 14, par. 3, del Regolamento Roma II.

<sup>26</sup> Art. 2 del Regolamento Roma I; art. 3 del Regolamento Roma II.

<sup>27</sup> Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, GUCE n. L 266 del 9 ottobre 1980, entrata in vigore ai termini del suo art. 29 il primo aprile 1991, come in seguito modificata dalla Convenzione relativa all’adesione della Repubblica ellenica alla convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, firmata a Lussemburgo il 10 aprile 1984, e dalla Convenzione relativa all’adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, firmata a Funchal il 18 maggio 1992, come ulteriormente completata dal Primo Protocollo concernente l’interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e dal Secondo Protocollo che attribuisce alla Corte di giustizia delle Comunità europee alcune competenze per l’interpretazione della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, entrambi fatti a Bruxelles il 19 dicembre 1988, GUCE n. L 48 del 20 febbraio 1989, ed ulteriormente modificata dalla Convenzione relativa all’adesione della Repubblica d’Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia alla convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, nonché al primo e al secondo protocollo relativi all’interpretazione da parte della Corte di giustizia, fatta a Bruxelles il 29 novembre 1996, GUCE n. C 15 del 15 gennaio 1997.

<sup>28</sup> Comunicazione del Consiglio 91/C 52/01, in GUCE n. C 52 del 28 febbraio 1991, p. 1.

<sup>29</sup> Convenzione di Roma, art. 30.

<sup>30</sup> Va notato che non tutti gli Stati membri dell’Unione sono parti contraenti di quella convenzione e delle varie convenzioni che ne hanno esteso l’ambito di applicazione (ed introdotto alcune modifiche) nei loro rapporti reciproci. La convenzione è in vigore tra Belgio, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo e Regno Unito a partire dal 1. aprile 1991. È in vigore dalla stessa data anche per la Danimarca, ma solo per ciò che riguarda la convezione iniziale, tra le sue parti contraenti, e la convenzione di adesione della Grecia. È entrata in vigore successivamente per i Paesi Bassi il 1. settembre 1991, per l’Irlanda il 1. gennaio 1992: anche in tal caso solo per la convezione iniziale, tra le sue parti contraenti, e la convenzione di adesione della Grecia. Nella versione modificata dalla convenzione di adesione di Spagna e Portogallo essa è in vigore per la Spagna e i Paesi Bassi dal 1. settembre 1993, per l’Italia dal 1. marzo 1994, per il Portogallo dal 1. settembre 1994, e a partire da date successive per Belgio, Germania, Grecia, Francia, Lussemburgo e Regno Unito (dal 1. dicembre 1997). La convenzione di adesione di Austria, Finlandia e Svezia è entrata in vigore per quei Paesi il 1. Aprile 1999, ma essa vincola il Regno Unito, nei rapporti con quelli, solo dal 1. gennaio 2001. In date variabili tra il 2006 e il 2008 è entrata poi in vigore la convenzione di adesione del 2005 dei 10 nuovi Stati membri entrati nell’Unione nel 2004, mentre il 15 gennaio 2008 è entrata in vigore la convenzione di adesione di Bulgaria e Romania. Il Regno Unito non è parte contraente né dell’una né dell’altra di queste due ultime convenzioni.

per gli aspetti giurisdizionali, sull’Accordo su un Tribunale unificato dei brevetti<sup>31</sup>, nel quale il Regno Unito è designato come parte necessaria<sup>32</sup> e che costituisce, in quanto strumento internazionale di completamento della cooperazione rafforzata, un mezzo necessario al funzionamento di questa (e dunque di una parte di quel “diritto dell’Unione” mantenuto in vigore ai sensi dell’Accordo di recesso).

La Convenzione di Roma, per contro, non ha un legame necessario con il diritto dell’Unione in senso proprio. È, certo, una convenzione “comunitaria”, poiché funzionalmente legata alla Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione e il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale. Diversamente da quella, però, essa non era prevista dall’allora art. 220 CEE, né è più funzionale al buon funzionamento (presente e futuro) del regime UE della giurisdizione, essendo stata soppiantata, nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, dal Regolamento Roma I.

Del resto, considerare applicabile a quella convenzione l’Accordo di recesso, attraverso il suo art. 2, sarebbe ad un tempo inutile e dannoso, oltre che inopportuno.

Sarebbe inutile, perché la sua perdurante applicazione, nelle due limitate dimensioni in cui è prevista, non dipende da una previsione esterna con effetto novativo della sua vigenza *oltre* la data di effetto della dichiarazione di recesso del Regno Unito, ma discende dalla Convenzione stessa e dalle previsioni del Regolamento, espressione della volontà dei contraenti, pienamente rilevante alla luce del diritto internazionale generale dei trattati<sup>33</sup>. Sarebbe, una siffatta interpretazione dell’art. 2 dell’Accordo di recesso, altresì inopportuna e dannosa, perché implicherebbe un effetto dissolutivo della Convenzione al termine del periodo transitorio, e ciò sulla base di un intento meramente implicito delle parti contraenti, Regno Unito *in primis*.

Per quest’ultimo, del resto, vi è piuttosto un importante indizio contrario all’ipotesi di una cessazione del vigore di quella convenzione al termine del periodo transitorio in forza del suddetto art. 2 dell’Accordo. La Convenzione di Roma è infatti considerata ancora applicabile nella normativa interna predisposta dal Regno Unito, a livello esecutivo, in vista di un *no-deal*<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> In GUUE n. C 175 del 20 giugno 2013, p. 1. L’accordo è fatto a Bruxelles il 19 febbraio 2013 ed aperto alla firma e all’adesione degli Stati membri dell’Unione (art. 84).

<sup>32</sup> Argomenta ex art. 87, che pone come condizione per l’entrata in vigore dell’accordo la ratifica di tredici Stati membri che comprendano i tre Stati membri “nei quali il maggior numero di brevetti europei aveva effetto nell’anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell’accordo”: in linguaggio meno diplomatico... Germania, Regno Unito e Francia.

<sup>33</sup> Il riferimento obbligato è agli artt. 30, par. 3, 31, par. 3, e 39 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Ai sensi dell’art. 30, relativo all’applicazione di trattati successivi relativi alla stessa materia, “[w]hen all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty”. Certo, qui non ci confrontiamo con il succedersi nel tempo di due *trattati*, ma la norma esprime un principio senz’altro applicabile anche nel nostro caso. Ciò è confermato dalla seconda disposizione sopra citata, ai sensi della quale, nell’interpretazione di un trattato, si tiene conto di “(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (...); (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.” È chiaro che l’adozione nel contesto del sistema dei Trattati dell’Unione - con la partecipazione di tutti gli Stati contraenti della Convenzione - del Regolamento Roma I, atto destinato in quel sistema a prevalere su ogni diversa regola altrimenti vigente nel suo ambito di applicazione, e contenente regole specificamente dirette a istituire una “successione” di regimi tra lo stesso Regolamento e la Convenzione (si veda oltre nel testo), esprime sia un “subsequent agreement” relativo all’applicazione della Convenzione, sia un contesto di “relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, cosicché le disposizioni della Convenzione relative al suo ambito di applicazione vanno oramai interpretate alla luce delle citate disposizioni del Regolamento. Al medesimo risultato porta la considerazione della regola generale espressa dall’art. 39 della Convenzione di Vienna, in relazione alla modifica dei trattati, la quale è sottoposta all’accordo delle parti: è evidente che nelle procedure che hanno portato all’adozione del Regolamento Roma I si è espresso, anche se con modalità peculiari, un chiaro accordo delle parti contraenti della Convenzione di Roma ad acconsentire ad una sua modifica coerente con quanto disposto sul punto dal Regolamento. Non convince invece la lettura effettuata da P. BERTOLI, “La “Brexit” e il diritto internazionale privato e processuale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, pp. 599-632, p. 610, con rinvio ai ragionamenti già svolti dall’A. alla p. 608, secondo cui la Brexit rappresenterebbe un cambiamento fondamentale delle circostanze tale da determinare il venir meno dell’applicazione della Convenzione di Roma (come pure della Convenzione di Bruxelles) al Regno Unito. Per quanto riguarda in particolare la Convenzione di Roma, infatti, a me pare che il fatto stesso che la si sia mantenuta in vigore per dei territori ai quali *non* si applica il diritto dell’Unione, manifesti che la circostanza dell’appartenenza all’Unione non è, per l’appunto, fondamentale alla perdurante vigenza di quel regime convenzionale.

<sup>34</sup> *The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019, Section 3.*

Venendo agli ambiti nei quali le regole della Convenzione di Roma devono ritenersi ancora operanti, e cominciando dal profilo (inter)temporale determinato dal succedersi di Convenzione e Regolamento Roma I, va anzitutto ricordato che la Convenzione si applica ai contratti conclusi dopo la sua entrata in vigore per lo Stato davanti ai cui giudici sia invocata<sup>35</sup>, mentre il Regolamento si applica a quelli conclusi dopo il termine iniziale di efficacia in esso previsto<sup>36</sup>. Pertanto, la Convenzione continuerà ad applicarsi, sia davanti ai tribunali degli Stati membri dell’Unione che ne sono parti contraenti, sia davanti a quelli del Regno Unito, per i contratti conclusi tra il 1° aprile 1991 (o la successiva data di entrata in vigore per gli Stati che vi hanno aderito in tempi più recenti) e il 17 dicembre 2009, termine iniziale di efficacia del Regolamento.

In secondo luogo, dal punto di vista dell’ambito territoriale di applicazione, va notato che il Regolamento Roma I, ai sensi del suo art. 24, ha sì inteso per larga parte sostituire la Convenzione, ma ne ha fatto altresì salva la perdurante applicazione a “i territori degli Stati membri che rientrano nel campo di applicazione territoriale (della) convenzione”, cui però il regolamento non è applicabile, a norma dell’art. 299 TCE, ora art. 355 TFUE. Si tratta per l’essenziale di Gibilterra<sup>37</sup>, di alcune dipendenze francesi (Polinesia francese, Nuova Caledonia e relative dipendenze, terre australi ed antartiche francesi)<sup>38</sup>, di Aruba e delle Antille olandesi<sup>39</sup> e delle Isole Færøer/Faroe<sup>40</sup>. In quei territori non si applicano i Trattati europei, secondo quanto previsto dall’art. 355 TFUE, che ne determina l’associazione all’Unione in virtù di un regime peculiare<sup>41</sup>, cosicché ad essi non si applica il Regolamento Roma I.

Quei territori hanno dunque contribuito a mantenere attuale quella Convenzione, con i relativi protocolli di interpretazione della Corte di giustizia<sup>42</sup>, almeno sul piano del diritto internazionale. Rimane distinto (e potenzialmente problematico) il profilo della concreta applicazione di quelle regole di diritto internazionale privato uniforme di fronte ai giudici di alcuni Stati membri: vale in particolare il riferimento all’ordinamento tedesco, in cui la Convenzione non operava per forza di rinvio, ma per incorporazione negli art. 34 e seguenti EGBGB. Con l’abrogazione di quegli articoli<sup>43</sup> e in considerazione dell’approccio rigorosamente “dualista” dell’ordinamento tedesco al momento dell’applicazione interna delle convenzioni internazionali rimane difficile immaginare l’effettiva applicazione da parte dei giudici tedeschi di quel regime convenzionale, nonostante il suo perdurante vigore internazionale.

<sup>35</sup> Convenzione di Roma, art. 17.

<sup>36</sup> Regolamento Roma I, art. 28: il termine in esso previsto è il 17 dicembre 2009.

<sup>37</sup> In forza della dichiarazione presentata dal governo del Regno Unito in conformità all’art. 27, par. 2, lett. b) della Convenzione, la Convenzione si applica a Gibilterra a partire dal 18 luglio 1994. La dichiarazione è accessibile tramite il registro elettronico del Segretariato generale del Consiglio, alla pagina <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=1988024> (visto in luglio 2020).

<sup>38</sup> Ai quali la convenzione di Roma è applicabile in virtù della dizione impiegata dal suo art. 27 che, se per gli altri Stati fa riferimento al loro territorio europeo, per la Francia ne dichiara l’applicazione “all’insieme del territorio della Repubblica francese”.

<sup>39</sup> In forza della dichiarazione presentata dal governo del Regno dei Paesi Bassi in conformità all’art. 27, par. 2, lett. b) della Convenzione, questa si applica a Aruba e alle Antille Olandesi nella versione modificata dalla convenzione di adesione della Grecia a partire dal 1. Agosto 1993; per quanto riguarda la versione modificata dalla convenzione di adesione di Spagna e Portogallo, si applica a quei territori dal 1. dicembre 2010, in forza di una nuova, specifica dichiarazione. Le dichiarazioni sono accessibili tramite il registro elettronico del Segretariato generale del Consiglio, la prima alla pagina già segnalata *supra*, alla nota 37, la seconda alla pagina <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/ratification/?id=1992082&partyid=NL> (visto in luglio 2020).

<sup>40</sup> In forza della dichiarazione presentata dal governo danese in conformità all’art. 27, par. 2, lett. b) della Convenzione, la Convenzione si applica alle Faroe a partire dal 1. settembre 1986. La dichiarazione è accessibile tramite il registro elettronico del Segretariato generale del Consiglio, alla pagina <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=1988024> (visto in luglio 2020).

<sup>41</sup> Definito da ultimo nella Decisione 2013/755/UE del Consiglio del 25 novembre 2013, relativa all’associazione dei paesi e territori d’oltremare all’Unione europea, GUUE n. L 344 del 19 dicembre 2013.

<sup>42</sup> Si tratta del Primo Protocollo concernente l’interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, e del Secondo Protocollo che attribuisce alla Corte di giustizia delle Comunità europee alcune competenze per l’interpretazione della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, in GUCE n. L 48 del 20 febbraio 1989, rispettivamente a p. 1 e p. 17, entrambi sono in vigore per il Regno Unito a far data dal 1. agosto 2004.

<sup>43</sup> *Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 25.06.2009, Bundesgesetzblatt*, 2009, Parte I, p. 1574.

Tuttavia, alla luce della scelta del Regno Unito di mantenere un regime costruito sul Regolamento Roma I come *retained legislation*, ed in considerazione altresì della portata universale del regime regolamentare, la perdurante vigenza della Convenzione non pare destinata a trasformarsi in un passaggio chiave per il mantenimento dell’allineamento del diritto internazionale privato britannico a quello continentale<sup>44</sup>, ma continuerà piuttosto ad avere un valore estremamente ridotto nella pratica.

**8.** Ai sensi dell’art. 67 dell’Accordo di recesso, la giurisdizione in materia civile e commerciale è definita, sia nel Regno Unito, sia negli Stati membri dell’Unione “in situazioni che coinvolgono il Regno Unito”, dalle previsioni del Regolamento 1215/2012<sup>45</sup>, c.d. Bruxelles I(bis).

Il riferimento alle situazioni che coinvolgono il Regno Unito va inteso in relazione alle seguenti ipotesi: i) convenuti domiciliati nel Regno Unito<sup>46</sup>; ii) consumatori, siano essi attori o convenuti, domiciliati in quello Stato e parti di un contratto rientrante nell’ambito di applicazione della sezione 4 del capo II del Regolamento<sup>47</sup>; iii) controparti professionali di consumatori le quali, pur non risultando domiciliate in uno Stato membro, abbiano comunque “una succursale, un’agenzia o qualsiasi altra sede d’attività” nel Regno Unito<sup>48</sup>; iv) datori di lavoro che, pur non risultando domiciliati in uno Stato membro, abbiano comunque “una succursale, un’agenzia o qualsiasi altra sede d’attività” nel Regno Unito<sup>49</sup>; v) lavoratori che, agendo contro un datore che sia domiciliato in uno Stato membro o si trovi in una situazione assimilata, abbiano il loro domicilio nel Regno Unito, ovvero che in quello Stato svolgano abitualmente la loro attività, o in quello Stato siano stati assunti, non svolgendo la loro attività abitualmente in un solo Paese – in tali casi, anche laddove il datore non sia domiciliato in uno Stato membro né si trovi in una situazione a ciò assimilabile<sup>50</sup>; vi) titoli di giurisdizione esclusiva riferiti al territorio del Regno Unito<sup>51</sup>; vii) clausole di proroga della giurisdizione a favore dei giudici del Regno Unito<sup>52</sup>, o *rugelose Einlassung* davanti ai giudici del Regno Unito da parte di un convenuto (domiciliato in uno Stato membro) nei cui confronti non potrebbe stabilirsi altrimenti la giurisdizione<sup>53</sup>; viii) obbligo per l’autorità giurisdizionale britannica di sospendere d’ufficio il procedimento in caso di previa litispendenza davanti al giudice di uno Stato membro (e viceversa); ix) misure cautelari richieste ai giudici del Regno Unito e destinati a produrre effetti in quel territorio<sup>54</sup>, nonché (in termini di proibizione) le ingiunzioni richieste a quei giudici contro l’esercizio della giurisdizione da parte di giudici di Stati membri (*anti-suit injunctions*)<sup>55</sup>.

Quanto alla dimensione di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, l’Accordo di recesso prevede che le relative disposizioni del Regolamento Bruxelles I(bis) si applicheranno, nel Regno Unito o, negli Stati membri “in situazioni che coinvolgono” quello Stato, al riconoscimento ed esecuzione di decisioni (giudiziarie) “emesse nelle azioni proposte prima della fine del periodo di transizione”, nonché ad atti pubblici e transazioni giudiziarie rispettivamente redatti o registrati, ed approvate, prima di quel termine.

A tale proposito va anzitutto segnalata la soluzione adottata in relazione alle decisioni giudiziarie: tenuto conto della durata, non sempre breve, dei processi nei diversi Stati membri, tale scelta appare

<sup>44</sup> Come invece ipotizzava, prima delle modifiche introdotte dal *Withdrawal Act* e dall’Accordo di Recesso, A. DICKINSON, “Back to the Future: The UK’s EU Exit and the Conflict of Laws”, *Journal of Private International Law*, Vol. 12, 2016, pp. 195-210, p. 204.

<sup>45</sup> Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUUE n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1.

<sup>46</sup> Cfr. in particolare gli artt. 4, 5 e 6 del Regolamento Bruxelles I(bis).

<sup>47</sup> Secondo quanto previsto all’art. 17, par. 1 del Regolamento stesso.

<sup>48</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 17, par. 2.

<sup>49</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 20, par. 2.

<sup>50</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 21.

<sup>51</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 24.

<sup>52</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 25.

<sup>53</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 26.

<sup>54</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 35: argomenta dalla sentenza della Corte di giustizia 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden Maritime*, Raccolta. p. I-7091, punti 40, 47-48.

<sup>55</sup> Sentenza della Corte (seduta plenaria) 27 aprile 2004, causa C-159/02, *Turner c. Grovit*, Raccolta, 2004, p. I-3565; Sentenza della Corte (grande sezione) del 10 febbraio 2009, causa C-185/07, *Allianz SpA e Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, Raccolta, 2009, p. I-663.

adeguata, perché capace di garantire la stabilità e prevedibilità delle situazioni giuridiche ben più del principio generale *tempus regit actum* che, altrimenti, si sarebbe potuto applicare in materia processuale. La soluzione prescelta va del resto incontro alle preoccupazioni di proteggere i diritti acquisiti dai singoli nel contesto della vigenza del sistema dei Trattati comunitari e poi dell’Unione<sup>56</sup>. Che si scelga invece di rimanere aderenti a quel principio generale per gli atti pubblici appare privo di controindicazioni. Rimane piuttosto discutibile l’ancoraggio al principio *tempus regit actum* delle transazioni giudiziarie, cui forse avrebbe giovato una soluzione omogenea a quella delle decisioni giudiziarie: in questo modo, di fatto, si rischia di disincentivare il ricorso ad uno strumento di soluzione anticipata di controversie che siano iniziate in sede giudiziaria contenziosa, ma in cui le parti potrebbero giungere ad un accordo *à l’amiable* senza attendere la decisione giudiziaria.

Quanto alla formulazione relativa all’ambito di applicazione della norma intertemporale così adottata, si sarebbe forse potuta con maggiore trasparenza adottare una dizione diretta: gli Stati membri sono tenuti ad applicare le norme del regolamento sul riconoscimento non in generiche “situazioni che coinvolgano” il Regno Unito, bensì in relazione a decisioni giudiziarie “emess[e] da un’autorità giurisdizionale” di quello Stato<sup>57</sup>, compresi i provvedimenti provvisori ma esclusi quelli adottati *inaudita altera parte*<sup>58</sup>, ad atti pubblici ivi formalmente redatti o registrati come tali<sup>59</sup> e alle transazioni giudiziarie che siano state “approvate” da un’autorità giurisdizionale di quello Stato. Rimane il dubbio se, con la formula prescelta, si escludano dalla disciplina intertemporale prevista dal regolamento le transazioni giudiziarie che non siano state approvate da quelle autorità, ma semplicemente “concluse davanti” ad esse: poiché ad entrambe le ipotesi si applica invece il regolamento<sup>60</sup>.

9. L’Accordo di recesso rimane silente sulla convenzione di Bruxelles del 1968 in materia di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale. Non è, nondimeno, difficile intenderne il destino, che si dimostra marginale per quanto attiene alla perdurante dimensione di applicazione intertemporale e inesistente per quanto attiene ai profili di applicazione territoriale.

Dal punto di vista intertemporale, la convenzione, di cui i Regolamenti Bruxelles I e I(bis) sono l’evoluzione in chiave comunitaria, è applicabile, nella parte in cui definisce i titoli di giurisdizione degli Stati contraenti, solo alle domande giudiziali proposte sino al 1° marzo 2002, data di entrata in vigore del Regolamento 44/2001, c.d. Bruxelles I<sup>61</sup>: per le domande introdotte successivamente a quella data, si applica oramai il Regolamento 1215/2012, Bruxelles I(bis), che ha abrogato il precedente Regolamento Bruxelles I, sostituendolo *in toto*<sup>62</sup>.

Quella stessa data spartiacque determina il riconoscimento secondo la Convenzione, o invece secondo il regime regolamentare, degli atti pubblici, in relazione al momento della loro formazione.

Quanto al riconoscimento ed all’esecuzione delle decisioni giudiziarie, il Regolamento Bruxelles I(bis) si applica alle decisioni che si pronunciano su domande proposte posteriormente all’entrata in vigore del Regolamento 44/2001, ma anche al riconoscimento delle decisioni relative a domande giudiziali pur proposte in data anteriore, ove la decisione da riconoscere sia stata emessa posteriormente a quella data, purché la domanda giudiziale sia stata introdotta dopo l’entrata in vigore, sia nello Stato di origine che in quello richiesto, di almeno una delle due convenzioni di Bruxelles del 1968 o di Lugano del 1988, o, in ogni caso, ove la giurisdizione sia stata affermata sulla base di titoli corrispondenti a

<sup>56</sup> Se ne veda una discussione in M. WAIBEL, “Brexit and Acquired Rights”, *cit.*, p. 442 s. Per la discussione del diverso ma parallelo caso della giurisdizione internazionale in relazione al recesso di uno Stato da un trattato che preveda la giurisdizione di un’istanza internazionale per la soluzione di controversie fra Stati v. M. BUSCEMI, L. MAROTTI, “Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della convenzione di Vienna nella prassi recente?”, *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 939-976, p. 962 ss.

<sup>57</sup> Cfr. i termini adottati all’art. 2, lettera a) del Regolamento Bruxelles I(bis) per definire il proprio ambito di applicazione.

<sup>58</sup> Argomenta da Regolamento Bruxelles I(bis), art. 2, lettera a), secondo comma.

<sup>59</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 2, lettera c).

<sup>60</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 2, lettera b).

<sup>61</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GUCE n. L 12 del 16 gennaio 2001, se ne vedano gli artt. 66, quanto all’applicabilità *ratione temporis*, e 76, quanto all’entrata in vigore.

<sup>62</sup> Regolamento Bruxelles I(bis), art. 80.

quelli previsti nel regolamento, o sia basata su una convenzione comunque in vigore tra Stato di origine e Stato richiesto<sup>63</sup>.

In ultima analisi, dunque, l’ambito di residua applicazione della Convenzione di Bruxelles nel profilo intertemporale si riduce al lumicino.

In relazione poi al profilo dell’applicabilità del regime convenzionale a territori non coperti dall’art. 355 TFUE e sottoposti alla sovranità di alcuni Stati membri o del Regno Unito - non dissimile nei presupposti da quello esaminato più sopra per la Convenzione di Roma - la disciplina della Convenzione di Bruxelles è stata integralmente sostituita dalla “nuova” convenzione di Lugano, quella cioè conclusa nel 2007 per aggiornare il testo originario del 1988 alle modifiche già introdotte, all’epoca, nel primo strumento di formattazione comunitaria della Convenzione di Bruxelles, il Regolamento 44/2001: dispone chiaramente in tal senso l’art. 69, par. 7 della Convenzione di Lugano<sup>64</sup>.

Né potrebbe invocarsi, contro tale conclusione, il considerando n. 9 del Regolamento Bruxelles I bis, secondo cui la Convenzione del 1968 continuerebbe ad applicarsi a quei territori. Infatti, da un lato, ad un considerando non può attribuirsi valore precettivo, ma unicamente interpretativo; dall’altro lato, opinare diversamente ne implicherebbe l’invalidità, per violazione di una previsione posta da fonte superiore, quale è la Convenzione del 2007, conclusa dall’Unione con gli Stati AELS/EFTA.

Non convince, pertanto, la tesi di chi vedrebbe nel momento della Brexit (senza accordo) una reviviscenza per il Regno Unito della Convenzione del 1968<sup>65</sup>, poiché quella tesi si basa sull’ormai superato presupposto del continuato vigore di quel trattato in relazione ai territori extraeuropei di cui s’è detto. Csicché anche il riferimento contenuto nella *Section 2(1)* del *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*<sup>66</sup>, da ritenersi sicuramente espressione di un rinvio formale e non di una recezione materiale, non avrebbe più altro significato che in relazione al profilo intertemporale.

**10.** Venendo ora alla Convenzione di Lugano, non si trova alcun diretto riferimento ad essa né nell’Accordo di recesso, che si occupa invece dei regolamenti UE in materia di diritto internazionale privato<sup>67</sup>, né nel c.d. *Separation Agreement* concluso tra il Regno Unito e gli Stati AELS/EFTA.

Essa è dunque genericamente sottoposta all’impostazione di continuità salvo obiezioni che si può desumere dall’art. 129, par. 1, dell’Accordo di recesso<sup>68</sup>.

Di tale convenzione, che sostituisce integralmente la precedente convenzione di Lugano del 1988, il Regno Unito non è parte a titolo individuale. Come è noto, infatti, sulla base del (pur criticabile)<sup>69</sup>

<sup>63</sup> Regolamento Bruxelles I, art. 66, par. 2, letto alla luce dell’art. 80 del Regolamento Bruxelles I(bis).

<sup>64</sup> “Per quanto riguarda le relazioni tra gli Stati membri della Comunità europea e i territori non europei di cui all’articolo 70, paragrafo 1, lettera b), la presente convenzione sostituisce la convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, e il protocollo relativo all’interpretazione di detta convenzione da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, firmato a Lussemburgo il 3 giugno 1971, modificati dalle convenzioni di adesione a detta convenzione e a detto protocollo da parte degli Stati aderenti alle Comunità europee, a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente convenzione nei confronti di quei territori a norma dell’articolo 73, paragrafo 2”.

<sup>65</sup> A. DICKINSON, “Back to the future...”, cit., p. 204 s.; R. AIKENS, A. DINSMORE, “Jurisdiction, Enforcement and the Conflict of Laws in Cross-Border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?”, *European Business Law Review*, 2016, pp. 903-920, p. 907.

<sup>66</sup> Valorizzato in R. AIKENS, A. DINSMORE, *op. cit.*, p. 906 ss.

<sup>67</sup> Cfr. par. 6 *supra*.

<sup>68</sup> Cfr. par. 4 *supra*.

<sup>69</sup> Sia permesso rinviare a B. CORTESE, “Sui rapporti tra regolamento Bruxelles I, sistemi nazionali e convenzione di Lugano nell’ottica delle relazioni esterne. Considerazioni critiche a margine del parere 1/03 e della recente giurisprudenza comunitaria”, *Il diritto dell’Unione europea*, 2008, pp. 533-574; sempre nell’ottica di una critica all’impostazione seguita dalla Corte si veda P. FRANZINA, “Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 948-976, specie p. 972 ss. Sul parere si vedano inoltre N. LAVRANOS, “Opinion 1/03, Lugano Convention”, *Common Market Law Review*, Vol. 43, 2006, pp. 1087-1100; E. CANNIZZARO, “Le relazioni esterne della Comunità: verso un paradigma unitario?”, *Il diritto dell’Unione europea*, 2007, pp. 223-238; L.S. ROSSI, “Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l’esclusività della competenza comunitaria”, *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 1008-1027. Sugli sviluppi della giurisprudenza della Corte circa la dimensione esterna della competenza dell’Unione in materia di diritto internazionale privato nel parere 1/13 si vedano gli studi contenuti in P. FRANZINA, Ed., *The External Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 1-226.

parere 1/03, la Convenzione del 2007 è stata conclusa esclusivamente dall’Unione e dunque si applica ai suoi Stati membri in quanto tali.

Con l’uscita del Regno Unito dall’Unione si aprono dunque due scenari per una sua possibile adesione successiva a titolo individuale a quella convenzione.

Il primo è quello un’adesione basata su semplice notifica della volontà unilateralmente espressa dallo Stato aderente: questo meccanismo è però riservato agli Stati che divengano parte dell’Associazione Europea di Libero Scambio AELS/EFTA<sup>70</sup>. Per il Regno Unito la cosa appare oltremodo improbabile, per le ragioni politiche che hanno portato alla Brexit: adesione AELS/EFTA e ...*take back control* sono scelte in totale contraddizione<sup>71</sup>.

Il secondo scenario è quello di un’adesione come Stato non membro né dell’UE né di AELS/EFTA: in tal caso, però, la Convenzione prevede che l’adesione sia subordinata al consenso di tutte le parti contraenti<sup>72</sup>. Tuttavia, né il Regno Unito, né l’UE, né gli Stati EFTA sembrano essersi dati alcuna particolare premura, ad oggi, per garantire una veloce adesione del Regno Unito a quella convenzione, come invece avrebbe consentito la previsione dell’art. 129, par. 4, dell’Accordo di recesso. Vi è unicamente una serie di dichiarazioni prodotte dagli Stati membri AELS/EFTA, a sostegno dell’intenzione del Regno Unito di aderire a tale convenzione<sup>73</sup>, ma quelle dichiarazioni non sono neppure pienamente concordi: laddove Norvegia e Islanda hanno dichiarato che accolgono positivamente l’intenzione del Regno Unito di aderirvi e che sosterranno tale richiesta, la Svizzera si è limitata alla prima, meno impegnativa, dichiarazione. Qualsiasi anticipazione della posizione negoziale dell’Unione, in merito, sarebbe prematura: è però d’obbligo la prudenza se, come è il caso, un accordo sul punto si sarebbe già potuto negoziare, e non lo si è fatto.

**11.** Fino al recesso, il Regno Unito era vincolato, in quanto Stato membro dell’Unione europea, dalla Convenzione dell’Aja del 2005 sugli accordi di scelta del foro<sup>74</sup>. In previsione del recesso, il Regno Unito aveva depositato, il 28 dicembre 2018, uno strumento di adesione a quella convenzione, insieme ad una nota verbale e alcune dichiarazioni, presentate nei mesi seguenti. Tale strumento, con i relativi accessori, è stato ritirato il 31 gennaio 2020, in considerazione dell’Accordo di recesso e dell’istituzione, con quello, di un periodo transitorio durante il quale la Convenzione continuerà ad applicarsi al Regno Unito in quanto diritto dell’Unione. Nella relativa dichiarazione di ritiro dello strumento di adesione si anticipa tuttavia l’intenzione di depositare un nuovo strumento di adesione “at the appropriate time prior to the termination of the transition period”<sup>75</sup>.

La convenzione del 2005, seppur non di amplissima portata<sup>76</sup> tanto per il suo oggetto limitato ad accordi di giurisdizione esclusiva<sup>77</sup>, quanto per l’ampiezza delle situazioni e materie escluse dal suo campo di applicazione<sup>78</sup>, quanto infine per l’esistenza di limiti generali nel suo regime<sup>79</sup>, costituirà nei

<sup>70</sup> Convenzione di Lugano (2007), art. 71.

<sup>71</sup> Appartiene ad... un’era lontana, in termini di evoluzione tecnologica, ma colpisce bene il segno la definizione del sistema EFTA/AELS come “fax democracy”: se ne veda una delle più note apparizioni nel dibattito pubblico europeo nell’editoriale a firma Charlemagne apparso su *The Economist* del 7 ottobre 2004, accessibile anche oggi in internet su <https://www.economist.com/europe/2004/10/07/the-norwegian-option> (visto in luglio 2020).

<sup>72</sup> Convenzione di Lugano (2007), art. 72.

<sup>73</sup> Si veda la nota stampa del *Ministry of Justice* del 28 gennaio 2020, facente riferimento alle dichiarazioni adottate dagli Stati EFTA in quello stesso giorno, a margine della conclusione dell’accordo sulle conseguenze della separazione: <https://www.gov.uk/government/news/support-for-the-uks-intent-to-accede-to-the-lugano-convention-2007> (vista in luglio 2020)

<sup>74</sup> *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*. Sulla convenzione v. *in primis* T. HARTLEY e M. DOGAUCHI, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, accessibile on-line all’indirizzo <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>; v. inoltre C. KESSEDIAN, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, *Clunet*, 2006, pp. 813-850; L. USUNIER, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for. Beaucoup de bruit pour rien?”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 37-81.

<sup>75</sup> Tutte le dichiarazioni citate nel testo sono accessibili al sito della Conferenza dell’Aja di Diritto Internazionale Privato, alla pagina <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1318&disp=resdn> (vista in luglio 2020).

<sup>76</sup> Si vedano in tal senso le osservazioni di A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 274 s.

<sup>77</sup> Convenzione dell’Aja del 2005, artt. 1 e 3.

<sup>78</sup> Convenzione dell’Aja del 2005, art. 2.

<sup>79</sup> Penso in particolare alla previsione del suo art. 6, lettera c), secondo cui non si riconosceranno clausole di scelta del foro

rapporti tra il Regno Unito e l’UE uno strumento capace di dare un concreto contributo in termini di prevedibilità delle situazioni giuridiche transnazionali<sup>80</sup>.

Quanto alla Convenzione dell’Aja del 2019 sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale, essa non è ancora in vigore, e né il Regno Unito né l’Unione l’hanno ancora accettata. Tuttavia, dato che la sua entrata in vigore presuppone l’accettazione di due sole parti contraenti, essa costituisce un agevole, seppur non ambizioso, quadro di riferimento per un futuro meccanismo di riconoscimento delle sentenze tra l’UE (e suoi Stati membri) e il Regno Unito<sup>81</sup>.

#### IV. *Cliff-edge scenario*

**12.** Quale lo scenario in caso di mancata proroga del periodo transitorio ed in assenza di un accordo comprensivo raggiunto entro il termine di quel periodo?

Si dovrà distinguere, a tale proposito, il profilo della legge applicabile (regimi Roma I e Roma II), da quello di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni giudiziarie (regimi Bruxelles e Lugano).

**13.** In relazione al profilo relativo alla legge applicabile, due elementi convergenti riducono al minimo – seppur senza escluderle completamente – le conseguenze di un mancato accordo, assicurando una tendenziale continuità delle regole giuridiche applicabili in questa materia.

Anzitutto, la dimensione universale dei regimi internazionalprivatistici previsti dai due Regolamenti Roma I e Roma II limita fortemente l’impatto della Brexit sul diritto applicabile davanti ai giudici degli Stati membri dell’Unione, che quei regolamenti continueranno ad applicare.

Ulteriormente, la tendenziale continuità del regime internazionalistico applicabile è garantita dalla scelta del Regno Unito di rendere applicabili, a titolo di *retained legislation*<sup>82</sup>, i due regolamenti Roma I e Roma II (o, più correttamente, regole nazionali di conflitto costruite tramite rinvio unilaterale al regime internazionalprivatistico posto da quei due regolamenti), anche in assenza di un accordo comprensivo che, al termine del periodo transitorio, assicuri una continuità di relazioni giuridiche tra il Regno e la UE<sup>83</sup>.

Non mancano tuttavia alcuni aspetti in relazione ai quali l’uniformità del regime internazionalprivatistico di qua e di là dalla Manica è destinata comunque ad incrinarsi.

Anzitutto è evidente che, anche in caso di applicazione da parte dei giudici britannici dei regimi Roma I e Roma II a titolo di *retained legislation*, non opereranno quelle rade previsioni regolamentari che danno specifico rilievo al fatto che il diritto applicabile sia quello di uno Stato membro<sup>84</sup>.

Ancora, qualora la controversia fosse portata davanti ad un giudice di uno Stato membro, si avrà un sostanziale ridimensionamento della possibilità di scegliere uno dei diritti in vigore nel Regno Unito, ove tutti gli elementi della fattispecie in questione siano ubicati in uno o più Stati membri, non potendo in quei casi il richiamo al diritto di uno Stato terzo pregiudicare “l’applicazione delle disposizioni di

---

qualora “giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice”. Si veda sul punto J. LANDBRECHT, “The Concepts of “Injustice” and “Public Policy” in Article 6(c) of the Hague Choice of Court Convention”, *Journal of Private International Law*, Vol. 15, 2019, pp. 339-364.

<sup>80</sup> Seppur non senza impedire il risorgere di possibili contrasti in caso di azione intentata in un foro diverso da quello contemplato nella clausola, compresa l’eventualità, in tal caso, di *anti-suit injunctions* “contro” le corti dell’Unione: cfr. M. AHMED, P. BEAUMONT, “Exclusive Choice of Court Agreements: Some Issues on the Hague Convention on Choice of Court Agreements and its Relationship with the Brussels I Recast Especially Anti-Suit Injunctions, Concurrent Proceedings and the Implications of BREXIT”, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, 2017, pp. 386-410, p. 402 ss.

<sup>81</sup> V. le osservazioni di C. E. TUO, “The Consequences of Brexit for Recognition and Enforcements of Judgments in Civil and Commercial Matters: Some Remarks”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 302-318, p. 317. Si veda inoltre una discussione più estesa del regime predisposto dalla convenzione *infra* al par. 20.

<sup>82</sup> *The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019, UK Statutory Instrument 2019 No. 834.*

<sup>83</sup> *UK Statutory Instrument 2019 No. 834, cit., Section 10 e Section 11.*

<sup>84</sup> Se ne veda sopra un veloce richiamo al par. 6 del presente scritto.

diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”<sup>85</sup>.

Inoltre, in mancanza di un accordo che assicuri una qualche forma di coordinamento evolutivo tra i due regimi internazionalprivatistico (UE e britannico), è da attendersi che principi di diritto enunciati dalla Corte di giustizia in tempi successivi alla fine del periodo transitorio possano non trovare accoglimento da parte dei giudici britannici, determinando un lento “allontanamento” del quadro ermeneutico rilevante.

Infine, ed a più forte ragione, eventuali modifiche introdotte successivamente in quei regolamenti dal legislatore dell’Unione non saranno introdotte, se non per separata decisione del legislatore britannico, in quella *retained legislation*.

Sempre in relazione al diritto applicabile, anche in un *cliff-edge scenario* si dovrebbero ritenere ancora vigenti per il Regno Unito, in mancanza di una denuncia, la Convenzione di Roma e i suoi due Protocolli, limitatamente ai profili intertemporali e di applicazione territoriale extraeuropea che si sono già analizzati<sup>86</sup>.

Proprio il fatto che in quel contesto sia mantenuta una seppur marginale (perché non obbligatoria e perché limitata ai rinvii proposti da giudici di appello e di ultima istanza) competenza della Corte di giustizia fa tuttavia pensare che il mantenimento in vigore dei due Protocolli sia il frutto di una dimenticanza nel convulso e a tratti disorganizzato atteggiamento negoziale che ha caratterizzato la parte britannica nel processo messo in moto dalla dichiarazione ex art. 50 TUE. Cosicché, una volta la questione emersa, è verosimile attendersi una denuncia espressa di quegli strumenti convenzionali ovvero, in ogni caso, una sostanziale inattuazione da parte dei giudici britannici del potere di rinvio che quei Protocolli istituiscono.

**14.** Ben diversa è la situazione relativa ai regimi di Bruxelles e Lugano e più in generale in materia di giurisdizione e riconoscimento delle sentenze. In tale ambito, infatti, la natura di *convention double* degli strumenti sinora applicabili ne limita l’operatività ai rapporti tra Stati contraenti/membri, in una chiave di necessaria reciprocità. Questa andrà inevitabilmente persa con l’uscita del Regno Unito dall’Unione e la fine del periodo transitorio previsto dall’Accordo di recesso, senza che un’eventuale - auspicabile, ma pur sempre improbabile - riproduzione dei titoli di giurisdizione del Regolamento Bruxelles I(bis) a titolo di *retained legislation*<sup>87</sup> possa cambiare il risultato in maniera decisiva.

Ora, per raggiungere un risultato di tendenziale stabilità delle relazioni giuridiche in ambito civile e commerciale prima e dopo la Brexit, è richiesto il ristabilimento di un quadro normativo relativo tanto all’esercizio e coordinamento della giurisdizione, quanto al riconoscimento, sulla falsariga dei regimi di Bruxelles e Lugano.

In assenza di un regime di *convention double* applicabile ai rapporti tra l’Unione e il Regno Unito, si passerebbe all’applicazione dei regimi nazionali di riconoscimento delle sentenze straniere, sia nel Regno Unito, sia nei singoli Stati membri dell’UE.

Contro una tale evenienza non potrebbero opporsi né la reviviscenza di accordi bilaterali da tempo sostituiti dal regime comunitario e poi unionale<sup>88</sup>, né la conclusione di nuovi accordi bilaterali tra il Regno Unito e i singoli Stati membri.

<sup>85</sup> Regolamento Roma I, art. 3, par. 4, cfr. anche *supra* par. 6. Si noti che tale limitazione della possibilità di scelta è stata espressamente mantenuta anche nelle disposizioni regolamentari del Regno Unito che determinano la perdurante applicazione del Regolamento quale *retained legislation*: *UK Statutory Instrument 2019 No. 834*, cit., *Section 10, par. 2 b) e par. 4*. Tali previsioni operano a garanzia della perdurante applicazione delle disposizioni di diritto UE intese come non derogabili e mantenute a loro volta nel Regno Unito a titolo di *retained legislation*: cfr. A. DICKINSON, “A View from the Edge”, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 25/2019*, pp. 1-12, a p. 3. Il paper è accessibile on-line nel database SSRN all’indirizzo [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3356549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3356549). Quanto alla possibilità che la portata dell’art. 3, par. 4, del Regolamento Roma I sia temperata dal mantenimento di previsioni (sostanziali) UE a titolo di *retained legislation* cfr. le interessanti osservazioni di P. Bertoli, *op. cit.*, p. 620 s.

<sup>86</sup> *Supra*, par. 7.

<sup>87</sup> Si veda la discussione di questa ipotesi *infra* al par. 21 di questo lavoro.

<sup>88</sup> Sostenuta invero senza particolare argomentazione da A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 272, nonché, con maggiori sviluppi argomentativi, da P. BERTOLI, *op. cit.*, p. 626, con argomenti che però non appaiono persuasivi, al di là del formalismo interpretativo su cui sono costruiti, soprattutto alla luce delle considerazioni svolte poco oltre nel testo.

Entrambi questi scenari sembrano incompatibili con la conclusione, raggiunta dalla Corte di giustizia nel già menzionato parere 1/03, circa la competenza esclusiva dell’Unione a concludere accordi con Stati terzi in questi ambiti<sup>89</sup>.

Per la conclusione di nuovi accordi, *ça va sans dire*. Per la reviviscenza degli accordi bilaterali precedentemente conclusi, a me sembra che ciò non possa avvenire senza un rinnovarsi della volontà pattizia da parte di entrambi i contraenti. Il fatto che un atto dell’Unione ne abbia disposto la sostituzione, lasciandole in vigore solo per limitati profili materiali ed intertemporali<sup>90</sup> equivale, sul piano del diritto internazionale generale dei trattati, ad una modifica di quelle stesse convenzioni nel senso disposto dal Regolamento. Per estenderne nuovamente la portata occorrerebbe allora una nuova volontà pattizia internazionale. Ma ciò non potrebbe infine portare ad alcun risultato pratico, davanti ai giudici degli Stati membri, data la prevalenza comunque assicurata alle previsioni del Regolamento su un eventuale accordo concluso in violazione dello stesso.

Il ritorno ai principi e alle regole giuridiche pre-convenzionali nel Regno Unito e negli Stati membri dell’Unione (o più in generale nell’Europa continentale) determinerebbe un doppio “fallimento”. Si avrebbe, da un lato, il risorgere di conflitti positivi di giurisdizione, con la conseguente incertezza delle relative situazioni giuridiche; dall’altro lato, un’accresciuta difficoltà nella circolazione delle decisioni giudiziarie *across the Channel*.

**15.** Ove al termine del periodo transitorio non fosse applicabile – nei rapporti UE Regno Unito – una *convention double* modellata sui regimi di Bruxelles e Lugano si produrrebbero numerose importanti modifiche nell’approccio britannico, capaci di generare conflitti di giurisdizione.

A mutare sarebbero gli stessi principi informatori del sistema.

Davanti ai giudici britannici risorgerebbe il principio di *common law* secondo cui l’esercizio della giurisdizione inglese si basa per l’essenziale sulla notifica del *writ*<sup>91</sup>, salva l’eccezionale statuizione di *forum non conveniens*<sup>92</sup>, espressione di una concezione del tutto unilaterale della giurisdizione lontana anni luce dal contesto di coordinamento e fiducia reciproca instaurato ormai da decenni in Europa. Già questo porterebbe ad un marcato disallineamento tra la prassi continentale e quella inglese<sup>93</sup>.

Sempre nell’ottica dell’unilateralismo che connota in materia la *common law* inglese, non solamente sparirebbero i limiti posti in generale dalla Corte all’esercizio indiscriminato della giurisdizione cautelare<sup>94</sup>, ma tornerebbe attuale il potere dei giudici inglesi di pronunciare *anti-suit injunctions*

<sup>89</sup> V. anche C. E. TUO, *op. cit.*, p. 308 s.

<sup>90</sup> Si vedano in particolare gli artt. 69 e 70 del Regolamento Bruxelles I(bis) per quanto riguarda le convenzioni concluse tra il Regno Unito e altri Stati membri “relative alle stesse materie soggette al presente regolamento”, di cui si dispone la sostituzione con il Regolamento (art. 69), salva la loro perdurante applicazione alle materie cui il regolamento non si applica e alle “decisioni emesse, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse prima della data di entrata in vigore del regolamento (CE) n. 44/2001” (art. 70).

<sup>91</sup> Cfr. su punto ancora A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 264 ss.; L. MERRET, “La reconnaissance et l’exécution en Angleterre des jugements venant des États de l’Union européenne, post Brexit”, *Revue critique de droit international privé*, 2019, pp. 385-404, p. 390 s. Si veda inoltre, per una discussione estesa dei casi di “service-out jurisdiction”, nei quali cioè la giurisdizione si basa sulla comunicazione del writ ad un soggetto non presente nel Regno, A. ARZANDEH, “Gateways” within the Civil Procedure Rules and the Future of Service-out Jurisdiction in England”, *Journal of Private International Law*, Vol. 15, 2019, pp. 516-540.

<sup>92</sup> A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.* p. 268. Si noti che il test per considerare la giurisdizione inglese come *non conveniens*, è la prova, da parte del *defendant*, del fatto che esiste un altro foro “which prima facie is clearly more appropriate”: si veda in tal senso il *dictum* contenuto nell’*opinion* di Lord Goff of Chieveley in quello che è tuttora il *leading case* in quest’ambito, *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, p. 478. Il testo della sentenza è accessibile all’indirizzo <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1986/10.html> (visto in luglio 2020). Per una discussione più approfondita delle condizioni alle quali può essere concessa la sospensione dell’esercizio della giurisdizione inglese, in particolare alla luce della dottrina del *forum non conveniens*, v. A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Routledge, Abingdon, 6th Ed., 2015, p. 398 ss.

<sup>93</sup> Nonché scozzese: sull’origine scozzese dell’istituto del *forum non conveniens* v. p.e. L. COLLINS, (Gen. Ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13. Ed., London, Sweet & Maxwell, 2000, Vol I, p. 389; più estesamente A. ARZANDEH, “The Origins of the Scottish *forum non conveniens* Doctrine”, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, 2017, pp. 130-151.

<sup>94</sup> Il riferimento è anzitutto alla sentenza *Van Uden Maritime*, *cit.*: l’eclissarsi di quei limiti, al risorgere del *common law*, è citato tra le conseguenze positive della Brexit da A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 268.

“contro” l’esercizio di rimedi giurisdizionali davanti a giudici UE e a difesa della propria competenza, negandosi così in radice i principi di coordinamento e di fiducia reciproca insiti nel sistema continentale. Sia chiaro: non si pretende certo qui di contraddire chi, dall’alto di una profonda conoscenza del diritto inglese, sottolinea la natura *in personam* delle *anti-suit injunctions*, che non sarebbero dunque in diritto espressione di un ordine rivolto ad un giudice straniero<sup>95</sup>. Il fatto vero è, però, che si tratta di un puro sofisma: il senso di quelle ingiunzioni rimane profondamente unilaterale, poiché rifiuta una prospettiva di pari ordinazione e coordinamento tra le diverse giurisdizioni europee e presuppone invece un’inerente preminenza della determinazione di esercizio della giurisdizione nazionale (nella specie, di una delle entità che compongono il Regno Unito), quale che sia la determinazione in diritto inglese del destinatario dell’ordine espresso nella *anti-suit injunction*.

Così come unilaterale è la policy di *non considerare la lis alibi pendens* quale ragione necessaria di astensione dall’esercizio della giurisdizione del Regno Unito<sup>96</sup>, gestendo le ipotesi di cause parallele tramite una valutazione discrezionale di appropriatezza del foro. Ciò perché, tra l’altro, si tratta di una valutazione basata su una tendenziale preferenza del foro inglese su quello straniero<sup>97</sup> – a dispetto della una retorica di *understatement* ed equidistanza utilizzata per giustificare il rifiuto del principio continentale<sup>98</sup>.

**16.** Più nel dettaglio, con il riapparire dell’impostazione di *common law* si avrebbe *in concreto* una significativa divaricazione dei titoli di giurisdizione applicabili nel Regno Unito e nell’Unione. Ciò, unito al rovesciamento dei principi cardine del sistema, non più orientato alla certezza ma ad una (unilaterale concezione di) *giustizia internazionalprivatistica del caso concreto*, darebbe luogo ad una situazione ampiamente meno prevedibile dell’attuale.

Qui di seguito si dà brevemente conto di alcune di queste modifiche, prima in riferimento al *common law* inglese, poi in relazione agli approcci continentali.

Quanto al Regno Unito, in primo luogo non è chiaro in che misura un’azione iniziata nel Regno Unito contro un convenuto persona fisica domiciliata in quello Stato potrà ritenersi compresa nell’ambito del (vasto) potere delle corti britanniche basato su un *service within the jurisdiction*. A seconda del prevalere di un’interpretazione restrittiva o di una invece ampia del criterio della *physical presence* potrebbero darsi casi in cui il domicilio non sia considerato sufficiente a incardinare la giurisdizione, laddove il convenuto possa dimostrare che al momento della consegna del *writ* si trovava concretamente all’estero<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 272, per l’affermazione citata nel testo; si veda inoltre ivi alle pp. 270 e s. la dotta disamina dell’istituto in diritto inglese.

<sup>96</sup> A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 268. Se ne veda anche la trattazione nel contesto del più ampio del problema del contenzioso parallelo internazionale e transnazionale in C. McLACHLAN, “Lis Pendens in International Litigation”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international privé de La Haye*, Vol. 336, Nijhoff, Leiden 2008, pp. 199-554, anche nella ristampa separata per Nijhoff del 2009, 467 pp., specie al cap. II (p. 91 ss. e seguenti della ristampa separata).

<sup>97</sup> Si ponga mente al cd. test *Spiliada*, cui s’è fatto cenno alla nota 92 *supra*, ed in particolare al fatto che, da un lato, la concessione di uno *staying order* è sostanzialmente esclusa in caso di scelta del foro inglese (anche laddove l’esistenza di quella scelta sia contestata da una parte), mentre dall’altro lato la tendenziale applicabilità della legge inglese viene essa stessa intesa come elemento di forte ostacolo alla concedibilità di un tale *order*: cfr. A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, *cit.*, p. 398, 408.

<sup>98</sup> Si rimanda qui all’autorevole *dictum* di Lord Goff of Chieveley in *Airbus Industrie GIE v Patel*, [1999] 1 AC 119 (HL), in cui, dopo aver descritto la soluzione continentale (allora comunitaria) come capace di evitare “clashes between jurisdictions” degli Stati membri, ma al prezzo di una rigidità che può generare *injustice*, si descrive l’approccio di *common law* come basato sull’assunto, più neutrale, dell’esistenza di “a jungle of separate, broadly based, jurisdictions all over the world”. Dato che ci si muove in una giungla di giurisdizioni indipendenti e non in un contesto necessariamente coordinato, è allora piuttosto naturale che “parallel proceedings in different jurisdictions are not of themselves regarded as unacceptable”, che tanto vi sono a disposizione le strade, alternative, della sospensione del giudizio, o dell’adozione di una *anti-suit injunction*. La concessione di quest’ultima sarà piuttosto naturale ove la corte inglese ritenga che “England is the natural forum for the resolution of the dispute”. Il testo della sentenza è accessibile via internet alla pagina <https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd980402/patel01.htm> (vista in luglio 2020). Si colleghi il tutto al test per ritenere che il foro inglese, nonostante la consegna del *writ*, è *forum non conveniens* (*supra*, note 92 e 97) e si avrà il quadro completo.

<sup>99</sup> Nonostante l’*auspicio* che prevalga l’interpretazione di equivalenza del *domicilio*, come legame giuridico fattuale di *durata*, alla *presenza* come legame fattuale *puntuale*: per tale *auspicio* cfr. L. MERRET, *op.cit.*, p. 390.

In secondo luogo, in relazione ad azioni intentate contro persone giuridiche, l'elemento del *place of incorporation*, attualmente sufficiente a fondare il domicilio della persona giuridica nel Regno Unito<sup>100</sup>, perderà tale rilievo di fronte ai giudici inglesi<sup>101</sup>.

In terzo luogo, nel vigore dei principi di *common law* si avrà un notevole ampliamento della giurisdizione sul *co-defendant* rispetto alle previsioni dell'attuale art. 8, par. 1, Regolamento Bruxelles I(bis)<sup>102</sup>.

In quarto luogo, non avranno più automatico rilievo davanti ai giudici britannici le competenze imperative o esclusive previste dai regimi di Bruxelles e Lugano. In particolare, in relazione alle ultime, si può qui citare la significativa differenza tra la giurisdizione esclusiva prevista ora dall'art. 24 del Regolamento Bruxelles I(bis) – estesa non solo ai diritti reali immobiliari ma anche ai contratti di locazione di immobili – e le eccezioni alla cd. *Moçambique rule* di *common law*, che includono nella *subject matter jurisdiction* del giudice inglese anche pretese contrattuali relative a immobili situati fuori dal Regno<sup>103</sup>.

Ancora, si possono segnalare qui l'incertezza sul regime applicabile davanti alle giurisdizioni UE in caso di clausole di scelta del foro a favore dei giudici britannici<sup>104</sup> e l'ampliamento della giurisdizione al *co-defendant* rispetto alle previsioni dell'attuale art. 8, par. 1, Regolamento Bruxelles I(bis)<sup>105</sup>, ma l'elenco potrebbe continuare<sup>106</sup>...

Parallelamente, anche davanti ai giudici degli Stati membri dell'Unione le regole applicabili a controversie in situazioni che coinvolgono il Regno Unito si modificherebbero in misura significativa.

Anzitutto, tornerebbero ad applicarsi, in molti Stati membri, regole nazionali di giurisdizione contenenti titoli esorbitanti: si pensi, a titolo di esempio, al *Vermögensgerichtsstand* previsto dal § 23 ZPO o al *forum actoris* a beneficio del cittadino francese previsto dall'art. 14 *code civil*.

Inoltre, anche il principio della *lis pendens* risulterebbe depotenziato: in caso di parallela pendenza di un giudizio davanti alle corti britanniche, infatti, i giudici degli Stati membri dell'Unione non sarebbero più chiamati ad applicare l'art. 31 del Regolamento Bruxelles I(bis), ma il meno esigente art. 33, in collegamento con l'art. 34, per l'ipotesi di cause connesse<sup>107</sup>.

**17.** Venendo al riconoscimento delle decisioni, l'uscita del Regno Unito tanto dal regime di Bruxelles quanto da quello di Lugano comporterà un radicale cambio di regime.

Ora, una voce molto autorevole nella dottrina inglese ha chiaramente affermato che, al di là del cambio formale di regole applicabili, non vi sarebbero in realtà importanti conseguenze nella vita reale, sostenendo in buona sostanza che, data l'importanza della “piazza” di Londra nel commercio internazionale, nessun serio attore commerciale si potrebbe comunque permettere il lusso di ignorare una decisione della *Commercial Court*<sup>108</sup>, con il che sarebbe garantita *de facto* la circolazione di quelle decisioni.

Una posizione del genere non sembra però condivisibile, non perché non sia vera in una qualche misura la constatazione di fondo circa l'esistenza di *mores mercatorum*<sup>109</sup> legati anche a specifiche “piazze” commerciali, ma perché è troppo limitata la visuale che si è in tal modo scelta.

<sup>100</sup> Art. 63, par. 2, Regolamento Bruxelles I(bis).

<sup>101</sup> Si argomenta dalla decisione della *Court of Appeal* in *Adam v Cape Industries* [1990] Ch 433. Cfr. ancora L. MERRET, *op. cit.*, p. 390 ss., con riferimenti nelle note alla dottrina inglese prevalente in materia.

<sup>102</sup> Cfr. A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 267.

<sup>103</sup> Cfr. A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, *cit.*, pp. 383, 386.

<sup>104</sup> Cfr. G. RÜHL, “Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters After Brexit: Which Way Forward?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, 2018, pp. 99-128, p. 113; A.R.E. KISTLER, “Effect of Exclusive Choice-of-Court Agreements in Favour of Third States within the Brussels I Regulation Recast”, *Journal of Private International Law*, Vol. 14, No. 1, 2018, pp. 66-95.

<sup>105</sup> Cfr. A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 267.

<sup>106</sup> Segnalando ad esempio la tendenza a trasformare una scelta di legge in una clausola di elezione del foro inglese: cfr. M. HOOK, “The Choice of Law Agreement as a Reason for Exercising Jurisdiction”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, pp. 963-975, con riferimento in particolare alla decisione della *High Court* in *Navig8 Pte Ltd v Al-Riyadh Co* (“*The Lucky Lady*”) [2013] EWHC 328, [2013] 2 Lloyd’s Rep 104 (Com Ct).

<sup>107</sup> Cfr. per tutti P. FRANZINA, “*Lis pendens* Involving a Third Country under the Brussels I-bis Regulation: An Overview”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 23-41.

<sup>108</sup> Cfr. A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 273.

<sup>109</sup> Da ultimo si veda la stimolante analisi critica delle teorie della *lex mercatoria* sviluppata da A.-L.- CALVO CARAVACA, J.

Il fatto è che il diritto internazionale privato dell’Unione relativo alla materia commerciale non si occupa e non si può occupare solo del *big business*. Anzi, in quell’ambito non è neppure così fondamentale il suo contributo, poiché a garantire la stabilità delle relazioni tra attori abituali di una determinata branca del commercio internazionale c’è già il canale arbitrale e il contesto della c.d. *lex mercatoria*, in cui va probabilmente iscritta anche l’osservazione della irresistibile coerenza di una decisione giudiziaria resa dalle corti di “major commercial or trading centres”.

In relazione all’attività commerciale, il diritto dell’Unione nel suo complesso, e la predisposizione del sistema di Bruxelles/Lugano come strumentario giuridico funzionalmente connesso agli obiettivi del primo, serve invece per l’appunto a garantire il buon funzionamento del mercato interno.

In un contesto siffatto, l’obiettivo è ben più ambizioso. Non si tratta tanto di garantire un quadro in cui i grandi attori del commercio internazionale continuino a scegliere l’una o l’altra piazza commerciale come luogo di soluzione delle loro eventuali controversie: l’obiettivo è quello di una piena integrazione dei mercati dei diversi Stati membri, a beneficio di tutti gli operatori e più in generale come strumento di crescita del benessere collettivo delle rispettive società nazionali.

Nello specifico ambito della disciplina del riconoscimento, l’obiettivo è allora garantire una stabilità di relazioni giuridiche sui cui possano fare affidamento *tutti* gli operatori commerciali attivi nel mercato interno, anche piccoli e medi, ma anche i soggetti non commerciali che con quelli entrano in contatto: lavoratori, consumatori, contraenti di assicurazione. Ed è sul mantenimento o meno di questo risultato, anche dopo l’uscita del Regno Unito dall’Unione e dal suo mercato interno, che si misurerà l’adeguatezza o meno della risposta istituzionale alle sfide della Brexit.

Ora, il rischio di un profondo fossato tra un *prima* e un *dopo* Brexit è, in quest’ambito, assai marcato.

Anzitutto, il disallineamento radicale delle regole di competenza conseguente all’uscita del Regno Unito dal sistema di *convention double* di Bruxelles/Lugano renderebbe di per sé in molti casi difficile il riconoscimento delle sentenze delle corti del Regno Unito nei Paesi dell’Europa continentale. Ciò perché al riconoscimento delle sentenze britanniche tornerebbero ad applicarsi, nei diversi Stati membri dell’Unione, le regole interne generali relative al riconoscimento delle sentenze di Stati terzi – in assenza, beninteso, di obblighi convenzionali relativi al riconoscimento derivanti o da strumenti bilaterali eventualmente “sopravvissuti” all’adozione del regime regolamentare<sup>110</sup>, o dalla partecipazione dell’Unione e del Regno Unito a strumenti predisposti dalla Conferenza dell’Aja<sup>111</sup>.

Ora, nel caso di riconoscimento secondo le regole nazionali dello Stato richiesto, e limitandoci qui a prendere a riferimento i sistemi di diritto internazionale privato di Italia, Germania, Francia e Spagna, si imporrebbe in ogni caso la verifica della *compétence indirecte* del giudice britannico la cui decisione si chiede di riconoscere. In tal senso dispongono, come è noto, l’art. 64 della legge 218 del 1995, in Italia, il § 328 della ZPO in Germania, la costante giurisprudenza di cassazione in Francia<sup>112</sup> e l’art. 46 della Ley 29/2015<sup>113</sup> in Spagna.

L’impostazione, va notato, non è priva di varianti nei diversi sistemi qui menzionati: se in Francia s’impone unicamente la verifica di una connessione “*caractérisée*”<sup>114</sup> tra la controversia e il foro straniero, in Italia e in Germania si richiede più radicalmente la verifica della c.d. *Spiegelzuständigkeit*, consistente nel verificare se il giudice straniero sarebbe stato competente secondo i criteri di competenza

---

CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex Mercatoria and Private International Arbitration”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, 2020, pp. 66-85.

<sup>110</sup> Fenomeno che si ritiene di escludere, per le ragioni illustrate *supra*, par. 14.

<sup>111</sup> Sulla cui solo parziale adeguatezza cfr. le osservazioni svolte *infra*, par. 20.

<sup>112</sup> Cfr. *Cour de Cassation*, 1.re Ch. Civ., 20 février 2007, *pourvoi* no 05-14.082, *Bulletin des arrêts des chambres civiles*, 2007, I, no 68. La sentenza è commentata da B. ANCEL e H. MUIR WATT in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 420.

<sup>113</sup> *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*, *Boletín Oficial del Estado*, n.182 del 31 luglio 2015, sez. I, p. 65906 ss.

<sup>114</sup> Cfr. *Cour de Cassation*, 1.re Ch. Civ., 6 février 1985, *pourvoi* no 83-11.241, *Bulletin des arrêts des chambres civiles*, 1985, I, no 55: « Toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n’attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n’a pas été frauduleux ». La sentenza è commentata da Ph. FRANCESKAKIS in *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 243 e da A. Huet in *Clunet*, 1985, p. 460.

diretta (giurisdizione) vigenti nello Stato richiesto<sup>115</sup>. La soluzione spagnola appare in qualche misura intermedia, in quanto, pur richiedendo il testo normativo in prima battuta soltanto un collegamento “razionevole”<sup>116</sup>, si verifica in buona sostanza che la competenza del giudice straniero sia fondata su criteri simili (anche se non necessariamente equivalenti) a quelli utilizzati dal legislatore spagnolo<sup>117</sup>, pur senza escludersi che un tale collegamento ragionevole sussista anche in altre situazioni<sup>118</sup>.

Ora, il parallelo ritorno ad un sistema di affermazione della giurisdizione britannica basato sui principi di *common law*<sup>119</sup> porterebbe in molti casi ad un difetto del requisito della *compétence indirecte*. Ciò prescinde in larga misura dall’approccio più o meno rigido alla verifica di quel requisito, data la natura tendenzialmente esorbitante, nella sistematica continentale, di alcuni tra i criteri principali di giurisdizione di *common law*: dalla presenza fisica meramente temporanea del convenuto al momento della consegna del *writ*, alle condizioni della *service out jurisdiction*. In questo senso, possono menzionarsi, a titolo di esempio, la conclusione su suolo britannico del contratto di cui si discute, o addirittura il mero fatto che quel contratto sia stato concluso tramite un rappresentante che risieda o abbia attività nel Regno Unito<sup>120</sup>, o ancora l’estrema larghezza con cui si accetta l’estensione della giurisdizione inglese su un *co-defendant* che possa dirsi *proper party to the claim*<sup>121</sup>.

**18.** Ove al termine del periodo transitorio non fosse instaurato un sistema di *convention double* nelle relazioni tra la UE ed il Regno Unito, anche il riconoscimento nel Regno Unito delle sentenze rese dai giudici degli Stati membri dell’Unione diverrebbe significativamente più difficile, in virtù dei principi di *common law* rilevanti in materia<sup>122</sup>. Questi non solo richiedono il controllo della *compétence indirecte*, ma la subordinano a criteri irriducibilmente peculiari al sistema inglese, rimasto paradossalmente isolato dalle evoluzioni che in materia hanno conosciuto negli ultimi decenni altri sistemi di *common law*. Un isolamento, si noti, dovuto verosimilmente al fatto che quel sistema era ormai entrato nell’orbita del diritto internazionale privato europeo: il che la dice lunga sulla poca lungimiranza di un progetto politico-economico che intendesse sostituire i legami con il continente e l’Unione europea con quelli, oramai molto più attenuati, con il *Commonwealth* o con una agognata *Anglosphere*<sup>123</sup>.

Il regresso che comporterebbe in materia di riconoscimento il ritorno al *common law* è reso evidente dalla necessità di fondare la *compétence indirecte* del giudice straniero o sulla presenza nel foro del *judgment debtor*, o sulla sua partecipazione volontaria al procedimento giudiziario. In questo quadro il cambiamento radicale rispetto all’oggi è reso plasticamente dall’insufficienza dei titoli di giurisdizione speciali previsti dal regime di Bruxelles per giustificare la *compétence indirecte* dei giudici continentali le cui decisioni si volessero riconoscere nel Regno Unito. Si aggiunga l’incertezza circa la sufficienza o meno del criterio principe del regime europeo, il domicilio del convenuto persona fisica, a soddisfare il criterio di “presenza nel foro” previsto dal *common law*<sup>124</sup>. Si consideri inoltre, nella stessa ottica, la restrizione delle ipotesi in cui la residenza della persona giuridica rilevarebbe come “presenza” nel contesto del giudizio di riconoscimento<sup>125</sup>. Basta considerare queste poche aree di disallineamento

<sup>115</sup> Per l’ordinamento italiano il chiaro tenore testuale dell’art. 64, lett. a), legge 218/95 è confermato dall’interpretazione datane dalla giurisprudenza: Cassazione 28 maggio 2004 n. 10378, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 129 ss.; Cassazione (S.U.), 8 aprile 2011 n. 8038.

<sup>116</sup> Art. 46, par. 1, lett. c) della Ley 29/2015, cit.

<sup>117</sup> Si veda in questo senso 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, 2015, pp. 158-187, p. 182.

<sup>118</sup> Così per P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, 2016, pp. 99-108, p. 105.

<sup>119</sup> Su cui si veda *supra*, par. 15, oltre ai cenni qui riportati poco oltre nel testo.

<sup>120</sup> A. ARZANDEH, “Gateways...”, *cit.*, p. 524.

<sup>121</sup> A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 267.

<sup>122</sup> Se ne veda la puntuale illustrazione in L. Merret, *op. cit.*, pp. 385-404.

<sup>123</sup> Cfr. B. WELLINGS, A. MYCOCK, Eds., *The Anglosphere: Continuity, Dissonance and Location*, Oxford, OUP, 2019, 248 pp.

<sup>124</sup> L. MERRET, *op. cit.*, p. 390. Si veda anche *supra*, par. 16, nota 99 e testo corrispondente.

<sup>125</sup> L. MERRET, *op. cit.*, p. 390 ss., con riferimenti nelle note alla dottrina inglese prevalente in materia: si veda anche *supra*, par. 16, note 100 e 101 e testo corrispondente.

dei criteri di giurisdizione, nel contesto della verifica della *compétence indirecte*, per dare una prima idea del drammatico cambiamento in vista, in caso di mancato accordo per la fine del periodo transitorio. Senza contare, evidentemente, il radicale cambiamento procedurale e la stessa restrizione dell’ambito in cui un riconoscimento di decisioni straniere sarebbe possibile nel Regno Unito<sup>126</sup>.

19. Detto delle perturbazioni cui darebbe luogo un *cliff-edge scenario*, e della necessità di porvi rimedio, in quale ambito convenzionale dovrebbero però concentrarsi gli sforzi per assicurare un regime di circolazione il più possibile non perturbato rispetto ad oggi?

L’impossibilità di “resuscitare” il regime della Convenzione del 1968<sup>127</sup>, esplicitamente sostituita dal regime regolamentare e dalla stessa Convenzione di Lugano del 2007 per ogni profilo diverso da quello, ormai marginale, di diritto intertemporale<sup>128</sup>, unita alla inammissibile reviviscenza delle convenzioni bilaterali<sup>129</sup> ed alla parziale utilità delle convenzioni dell’Aja<sup>130</sup>, richiede di concentrare gli sforzi su una possibile estensione al Regno Unito della Convenzione di Lugano del 2007, almeno quale tappa intermedia in vista di un (difficile) accordo bilaterale sull’estensione del regime regolamentare al Regno Unito.

Certo, neppure l’adesione del Regno Unito alla Convenzione di Lugano sarebbe capace di ripristinare, a livello di riconoscimento delle decisioni giudiziarie, lo *status quo*, data la non piena corrispondenza tra il regime convenzionale e quello regolamentare, così come rimarrebbero alti i rischi di un disallineamento dell’interpretazione della convenzione nella prassi continentale e di *common law*<sup>131</sup>.

Quanto in particolare alle differenze tra regime convenzionale e regime regolamentare, la più macroscopica riguarda certo la necessità dell’*exequatur*, che permane in quella convenzione, a differenza di quanto oramai previsto dal Regolamento Bruxelles I(bis). Né appare verosimile che, in una fase di revisione che puntasse ad eliminare le altre difformità tra il regime di Bruxelles e quello di Lugano, l’Unione sia disposta a rinunciare, anche nel regime convenzionale, all’*exequatur*: si tratta infatti di un passaggio strettamente legato all’instaurazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che potrebbe non essere opportuno estendere a chi, come il Regno Unito, ha deciso di lasciare l’Unione proprio in polemica con l’elemento principale di quello spazio, la libera circolazione delle persone.

Allo stesso tempo, non tutte le innovazioni del regime di Bruxelles che sono state introdotte prima nel Regolamento 44/01 e poi nel Regolamento 1215/2012 si ritrovano nel regime predisposto dalla Convenzione di Lugano del 2007<sup>132</sup>; inoltre, le ulteriori innovazioni che si vorranno introdurre al regime regolamentare con novelle adottate in procedura legislativa ordinaria non troveranno strada nel contesto convenzionale che all’esito di una successiva, incerta revisione, da operarsi secondo i classici meccanismi del diritto interazionale dei trattati.

Ciò nondimeno, allo stato l’adesione del Regno Unito alla Convenzione di Lugano appare, nelle condizioni malauguratamente poste in essere dalla Brexit, l’unica via ragionevolmente praticabile per instaurare rapidamente un quadro di regole ispirate dalla reciprocità che consentano, da un lato, di limitare al

<sup>126</sup> Si veda ancora L. MERRET, *op. cit.*, p. 387 s.

<sup>127</sup> Per riferimenti alla dottrina favorevole alla reviviscenza della Convenzione del 1968 cfr. J. UNGERER, “Consequences of Brexit for European Private International Law”, *European Papers*, 2019, pp. 395-407, p. 397. Come correttamente osserva C.E. TUO, *op. cit.*, 306 ss., del resto, è oramai chiaro che tanto la Commissione nei suoi documenti illustrativi (per quanto formalmente irrilevante sia in tale materia ed in tale contesto procedurale la posizione di quell’Istituzione) quanto soprattutto l’ordinamento del Regno Unito, tramite le *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*, non danno alcun rilievo ad una possibile reviviscenza della Convenzione.

<sup>128</sup> Il che spiega per l’appunto perché la convenzione non sia stata formalmente terminata, aspetto su cui invece inutilmente si appuntano le attenzioni di chi la vorrebbe riespandersi ai rapporti tra Stati UE e Regno Unito dopo la Brexit.

<sup>129</sup> Su cui *supra*, par. 14.

<sup>130</sup> Su cui *infra*, par. 20.

<sup>131</sup> Aspetto giustamente sottolineato da B. HESS, “The Unsuitability of the Lugano Convention (2007) to Serve as a Bridge between the UK and the EU after Brexit”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, N° 2018 (2), p. 7.

<sup>132</sup> A mero titolo di esempio, si considerino le innovazioni in materia di litispendenza, su cui v. da ultimo la decisione della *High Court in Mastermelt Ltd v Siegfried Evionnaz SA* [2020] EWHC 927 (QB), e quelle in ambito di contratti conclusi da consumatori e di contratto di lavoro. Su questi ultimi cfr. C. VAQUERO LÓPEZ, “El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, 2020, pp. 776-783, p. 778 s.

massimo i conflitti di giurisdizione e, dall’altro lato, di ottenere una circolazione quanto possibile facilitata delle decisioni giudiziarie – tutto ciò a vantaggio non solo degli attori abituali di quelle branche del commercio internazionale su cui la “piazza” di Londra ha, e verosimilmente continuerà ad avere, un’influenza determinante, ma anche e soprattutto a favore di quella miriade di soggetti che, di qua e di là del Canale della Manica, hanno contribuito al successo di quel grande esperimento economico e sociale rappresentato dal mercato interno: piccole e medie imprese, lavoratori, consumatori e altri contraenti deboli.

**20.** In mancanza di un’adesione alla Convenzione di Lugano non rimarrebbe che puntare sull’adesione tanto da parte UE quanto da parte britannica ai due più recenti strumenti predisposti in materia dalla Conferenza dell’Aja di Diritto Internazionale Privato<sup>133</sup>.

Il punto di partenza, sostanzialmente già acquisito<sup>134</sup>, è l’adesione del Regno Unito alla convenzione del 2005 sugli accordi di scelta esclusiva di foro. Questa risolverà molti problemi – ma non tutti<sup>135</sup> – in relazione ad un novero però limitato di clausole di scelta del foro: quelle aventi natura esclusiva.

A partire da lì, l’obiettivo minimale di ricostruzione di un regime di riconoscimento affidabile presupporrebbe un passo ulteriore: l’adesione, tanto da parte britannica quanto da parte UE, alla Convenzione dell’Aja del 2019 sul riconoscimento delle decisioni straniere<sup>136</sup>.

Tale obiettivo appare certo possibile, seppur non privo di qualche difficoltà<sup>137</sup>, ma ben al di sotto delle necessità delle due parti.

Ciò, in primo luogo, perché non si tratta di una *convention double*<sup>138</sup>, capace di risolvere alla radice i problemi in materia di riconoscimento legati alla radicale difformità di alcuni dei criteri di esercizio della giurisdizione di *common law* rispetto al regime di Bruxelles / Lugano.

In secondo luogo, quella convenzione condiziona il riconoscimento in una parte contraente delle decisioni straniere rese dalle corti di un’altra parte contraente (c.d. Stato di origine) ad una serie di criteri positivi, inseriti su insistenza delle delegazioni “continentali”<sup>139</sup>, che *non* sarebbero rispettati in molti casi di esercizio della giurisdizione inglese sulla base dei principi di *common law*.

Al suo art. 5, infatti, la convenzione subordina il riconoscimento al ricorrere di almeno uno dei seguenti requisiti:

- a) la persona nei cui confronti si chiede il riconoscimento della sentenza aveva la propria residenza abituale nello Stato di origine al momento in cui essa ha assunto la posizione di parte processuale;
- b) la persona *fisica* nei cui confronti si chiede il riconoscimento della sentenza aveva nello Stato di origine lo stabilimento principale dell’attività economica da cui origina la domanda processuale – anche in tal caso, il momento rilevante è quello in cui il *judgment debtor* ha assunto la posizione di parte processuale;
- c) la richiesta di riconoscimento è rivolta contro il soggetto che ha proposto la domanda giudiziale principale, in relazione alle statuizioni rese su quella domanda;

<sup>133</sup> Il quadro delle convenzioni dell’Aja, nel contesto della riflessione sulla Brexit, è delineato da H. VAN LOON, “Le Brexit et les conventions de La Haye”, *Revue critique de droit international privé*, 2019, pp. 353-365.

<sup>134</sup> Vedi quanto osservato al par. 11 *supra*.

<sup>135</sup> Cfr. le osservazioni di A. BRIGGS, “Brexit...”, *cit.*, p. 274 s.

<sup>136</sup> Sulla convenzione dell’Aja del 2019 si veda P. A. NIELSEN, “The Hague 2019 Judgments Convention - from failure to success?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 16, 2020, pp. 385-404; D. STEWART, “The Hague Conference Adopts a New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters”, *American Journal of International Law*, Vol. 113, 2019, pp. 772-783.

<sup>137</sup> Ciò in ragione, da un lato, del fatto che non vi è in essa una clausola di prevalenza piena delle regole dell’Unione, ma solo una destinata ad operare in situazioni intra UE e, dall’altro lato, in considerazione della non piena corrispondenza delle regole di *compétence indirecte* della Convenzione con i regimi di competenze imperative ed esclusive del Regolamento Bruxelles I(bis): si vedano su punto le notazioni relative al progetto di convenzione in P. DE MIGUEL ASENSIO, G. CUNIBERTI, P. FRANZINA, C. HEINZE, M. REQUEJO ISIDRO, *The Hague Conference on Private International Law “Judgments Convention”*: Study, Brussels, European Parliament, 2018, p. 23 ss.

<sup>138</sup> Nonostante il progetto iniziale prevedesse invece quella strada: cfr. C. E. TUO, *op. cit.*, p. 317.

<sup>139</sup> D. STEWART, *op. cit.*, p. 777.

- d) la persona nei cui confronti si chiede il riconoscimento della sentenza aveva, al momento in cui essa ha assunto la posizione di parte processuale, uno stabilimento secondario nello Stato di origine, se la domanda processuale origina dalle attività economiche condotte da quello stabilimento;
- e) la persona nei cui confronti si chiede il riconoscimento della sentenza ha prestato il proprio esplicito consenso alla giurisdizione dello Stato di origine (con condizioni speciali in caso di contratti dei consumatori);
- f) nel caso di *rugelose Einlassung*, esclusi i contratti dei consumatori;
- g) il luogo di esecuzione dell'esecuzione dedotta in giudizio si trova nello Stato di origine (sono esclusi i contratti dei consumatori);
- h) il luogo di situazione dell'immobile si trova nello Stato di origine, in caso di domanda relativa all'affitto/locazione di quell'immobile;
- i) la decisione si pronuncia su un'obbligazione contrattuale garantita da un diritto reale su un immobile situato nello Stato di origine;
- j) la decisione si pronuncia sulla responsabilità extracontrattuale derivante da morte, lesioni, danneggiamento o distruzione di beni materiali e l'azione od omissione che ha direttamente causato il danno si è verificata nello Stato di origine;
- k) la decisione si pronuncia sugli aspetti interni di un trust e lo Stato di origine è indicato nell'atto costitutivo come sede dell'amministrazione, o è oggetto di una clausola attributiva di giurisdizione;
- l) in caso di domanda riconvenzionale (con diverse condizioni a seconda che se ne chieda il riconoscimento contro l'autore della domanda principale o contro l'autore della domanda riconvenzionale);
- m) in caso di clausola di scelta del foro, esclusi i contratti dei consumatori.

Ora, i requisiti positivi di riconoscimento così delineati, molto chiaramente informati all'approccio continentale (e dell'Unione europea in specie), appaiono destinati a limitare sostanzialmente l'effetto utile di quella convenzione nei rapporti UE/Regno Unito, se non dovesse seguire una coerente riforma del diritto inglese in materia.

Mancando una tale riforma, infatti, si rischierebbe di veder escluse dalla possibilità di un riconoscimento nell'Unione le sentenze rese da corti britanniche sulla base della semplice temporanea presenza della persona fisica nel Regno Unito al momento della consegna del *writ*, o sulla base di alcuni dei criteri che consentono la c.d. *service out jurisdiction* sulla base di tenuissimi vincoli con il suolo del Regno Unito<sup>140</sup>.

Al tempo stesso, non sarebbero infrequenti anche i casi di sentenze, pur pronunciate da un tribunale di uno Stato membro sulla base dei criteri enunciati dall'art. 5 della convenzione del 2019, che non potrebbero però riconoscersi per il ricorrere di alcune ipotesi di diniego contemplate dall'art. 7, par. 1, della stessa convenzione. Mi riferisco, da un lato, alla lettera d) e, dall'altro, alla lettera e) di quel paragrafo.

La prima di quelle disposizioni prevede che possa rifiutarsi il riconoscimento di una sentenza resa in dispregio di un accordo di scelta del foro che comporti deroga della giurisdizione dello Stato di origine. Ora, nell'assenza di una radicale innovazione dei principi di *common law* sul punto, sembra ragionevole assumere che questo motivo di diniego si applichi, nel Regno Unito, anche laddove la giurisdizione dello Stato di origine rientri tra quelle che *non* sopportano deroga in virtù del Regolamento Bruxelles I(bis).

Il secondo motivo di diniego sopra ricordato riguarda le ipotesi di contrasto con una decisione resa tra le stesse parti nello stato richiesto: anche qui, l'assenza di un ravvicinamento tra l'impostazione di *common law* e l'impostazione continentale alla giurisdizione renderebbe possibile un *forum shopping* a favore delle corti inglesi, anche dove sussista nell'Unione un titolo di giurisdizione esclusiva, o sia comunque *già* stata intentata davanti alle corti di uno Stato membro dell'Unione un'azione basata sul

<sup>140</sup> Si veda quanto osservato *supra*, al par. 17.

foro generale del domicilio del convenuto o anche soltanto su una delle competenze alternative previste dall’art. 7 del Regolamento Bruxelles I(bis).

In tutte queste ipotesi, l’esercizio della giurisdizione inglese rimarrebbe condizionato alla sola verifica della consegna del *writ*, salva l’eccezionale dichiarazione che il foro britannico sia *non conveniens*. Con l’ulteriore conseguenza pratica di rendere non riconoscibile nel Regno Unito la decisione straniera resa nella stessa causa.

**21.** A questo punto, appare utile ritornare sull’ipotesi di un inserimento nella legislazione del Regno Unito, quale *retained legislation*, di regole formulate sulla base del regime comune. Si tratta invero di un’ipotesi non (integralmente) contemplata dal governo britannico allo stato<sup>141</sup>, ma pur sempre immaginabile almeno quale strumento transitorio unilaterale, in caso di stallo nei negoziati al termine del periodo transitorio previsto dall’Accordo di recesso.

A favore della percorribilità del percorso qui ipotizzato depongono del resto i regimi unilateralmente introdotti per via regolamentare nella legislazione britannica nel 2019. Attraverso un apposito *Statutory Instrument*, infatti, il governo britannico ha introdotto un regime modulato sull’art. 7 del Regolamento Bruxelles I(bis), per quanto riguarda la ripartizione della giurisdizione tra le varie parti costituenti il Regno Unito nei confronti di convenuti domiciliati nel Regno Unito. Con lo stesso strumento si sono introdotti nell’ordinamento del Regno Unito regimi modellati sulle sezioni 4 e 5 del Regolamento in relazione ai contratti conclusi da consumatori domiciliati nel Regno Unito ed ai contratti di lavoro conclusi da lavoratori che ivi prestano abitualmente la loro prestazione di lavoro<sup>142</sup>.

Nella stessa direzione – e con maggior forza – depone altresì il regime transitorio previsto, in via generale, per il riconoscimento delle sentenze rese dai giudici degli Stati UE fino al momento in cui il Regolamento Bruxelles I(bis) cesserà di essere applicabile al Regno Unito<sup>143</sup>.

Quali le conseguenze di un’eventuale adozione unilaterale di regole di giurisdizione modellate sul Regolamento Bruxelles I(bis), da parte del Regno Unito?

Se analizzata da un punto di vista formale, è chiaro che l’ipotizzata adozione unilaterale di un regime modulato su quello comune non potrebbe vincolare in alcun modo gli Stati membri dell’Unione (né gli Stati parte alla Convenzione di Lugano). Tuttavia, indirettamente, una scelta del genere permetterebbe di ridurre al minimo le conseguenze dell’abbandono del sistema unionale e convenzionale da parte del Regno Unito.

Ove fossero inserite nella legislazione del Regno Unito regole sull’esercizio della giurisdizione modulate su quelle del regolamento, almeno in relazione a convenuti domiciliati negli Stati dell’Unione e (in termini di esclusione dell’esercizio della giurisdizione britannica) a fattispecie che diano luogo a competenze esclusive degli Stati membri sulla base del Regolamento, nonché ove fosse ulteriormente previsto il rilievo della *lis pendens*, ed ove infine si costruisse anche la giurisdizione cautelare in modo coerente con l’impostazione del regolamento, si ridurrebbero significativamente le ipotesi di conflitto di giurisdizione, riducendone al minimo la componente ... di origine britannica.

**22.** Per aversi totale eliminazione di quei conflitti, evidentemente, analoghe regole dovrebbero trovare applicazione anche davanti ai giudici degli Stati membri dell’Unione.

---

<sup>141</sup> Cfr. G. RUHL, *op. cit.*, p. 118, in riferimento al *policy paper* “Providing a cross-border civil judicial cooperation framework - a future partnership paper” pubblicato nel 2017 dallo *UK Department for Exiting the European Union*, ove si segnala il “need to negotiate and agree a new civil judicial cooperation framework”. È vero però altresì che, in quello stesso documento, si segnala l’impegno a far sì che quel nuovo quadro “build on the strong foundation of existing cooperation”. Il *policy paper* è accessibile on-line all’indirizzo <https://www.gov.uk/government/publications/providing-a-cross-border-civil-judicial-cooperation-framework-a-future-partnership-paper> (visto in luglio 2020).

<sup>142</sup> *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*. Se ne veda la discussione in A. DICKINSON, “A View from the Edge”, *cit.*

<sup>143</sup> *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019, Regulation 92*. Cfr. A. DICKINSON, “A View from the Edge”, *cit.*, e L. VALKOVA, Brexit e diritto internazionale privato e processuale in caso di «no deal», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 230-246.

Per l'Italia, ciò avverrebbe per molti aspetti sulla base del regime previsto dalla legge di riforma del diritto internazionale privato del 1995. In tal senso opererebbero infatti, da un lato, l'art. 3, comma 2, della legge, che rende applicabili i titoli speciali di giurisdizione del regime di Bruxelles anche in caso di convenuto non domiciliato in uno Stato membro<sup>144</sup>, dall'altro lato gli articoli 4, 5, 7 e 10 in materia, rispettivamente di deroga della giurisdizione italiana, azioni reali aventi ad oggetto immobili siti all'estero, litispendenza e giurisdizione cautelare. Non si tratta di regole del tutto sovrapponibili a quelle del Regolamento Bruxelles I(bis), questo è certo<sup>145</sup>, ma è altrettanto vero che sono ispirate agli stessi principi che animano il sistema comune e, pertanto, riducono di molto il rischio di conflitti di giurisdizione con Stati terzi che si ispirassero, nel definire i limiti della propria giurisdizione, a quello stesso sistema.

Non in tutti gli Stati membri, tuttavia, la risposta sarebbe altrettanto “benevola”, potendo di per sé trovare applicazione ai rapporti coinvolgenti il Regno Unito titoli di giurisdizione nazionali c.d. esorbitanti<sup>146</sup>.

La soluzione migliore per garantire un tendenziale parallelismo anche in assenza di accordo, di fronte ad un'adozione britannica dei criteri del regime di Bruxelles quale *retained legislation*, sarebbe allora l'adozione di uno strumento regolamentare *ad hoc*, con cui estendere, fino al raggiungimento di un accordo sul regime definitivo, l'applicazione di regole modulate su quelle del Regolamento Bruxelles I(bis), “in situazioni che coinvolgano il Regno Unito”, per riprendere il linguaggio utilizzato dall'art. 64 dell'Accordo di recesso<sup>147</sup>. La competenza ad adottare un simile regolamento si fonderebbe senza difficoltà sull'art. 81, par. 2, lett. c), ai termini del quale possono essere adottate misure volte a garantire, in particolare, “la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti [...] di giurisdizione”: non facendo riferimento la lettera in questione ai conflitti di giurisdizione *tra* Stati membri, non sembra difficile ritenerla estesa anche all'ipotesi di norme che evitino conflitti di giurisdizione tra Stati membri e Stati terzi. Si tratta, da un lato, di un profilo essenziale per assicurare il buon funzionamento del mercato interno, le cui regole sono per parte non secondaria applicabili anche a situazioni connesse con Stati terzi: si pensi alla dimensione della circolazione delle merci provenienti da uno Stato terzo e messe in libera pratica, il cui operare può certo coinvolgere un contenzioso commerciale sottratto, invece, all'applicazione del Regolamento Bruxelles I(bis). Dall'altro lato, è la stessa Corte di giustizia, nella sentenza *Owusu*<sup>148</sup> e nel parere 1/03<sup>149</sup>, ad aver ricondotto all'ambito di applicazione del Regolamento e alla competenza dell'Unione anche i profili di giurisdizione nelle controversie relative a fattispecie connesse esclusivamente ad uno Stato membro e ad uno o più Stati terzi<sup>150</sup>.

Una volta che si fossero, in tal modo, ravvicinate le previsioni sull'esercizio della giurisdizione, anche il profilo del riconoscimento sarebbe meno complesso, evitandosi in linea di massima i problemi legati al controllo della *compétence indirecte*.

<sup>144</sup> Per la critica di questa scelta (italiana, ma anche spagnola), in quanto non ispirata ad un criterio di reciprocità, v. però, tra gli altri, F. POCAR, “Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approches uniforme?”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 591-600, p. 595; ID., “Sulla riforma dell'art. 3 comma 2 della legge n. 218/1995”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 628-634, p. 633.

<sup>145</sup> Ed è stato giustamente criticato l'immobilismo del legislatore italiano, “poco avvezzo alla “manutenzione” delle leggi ai fini di adeguamento agli obblighi internazionali” da C. CAMPIGLIO, “Legge di diritto internazionale privato e regolamenti europei: tecniche di integrazione”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, pp. 292-317, p. 315. Per un'analisi specifica dei rapporti tra articoli 4 e 7 LDIP e disciplina UE v. F.C. VILLATA, “Sulla riforma degli articoli 4 e 7 della legge n. 218/1995 alla luce della proposta della Commissione di revisione del regolamento Bruxelles I”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 661-669.

<sup>146</sup> V. quanto osservato velocemente *supra*, par. 15, in fine.

<sup>147</sup> Sul significato da darsi a quel termine si vedano le osservazioni svolte *supra* al par. 8.

<sup>148</sup> Sentenza della Corte 1. marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, *Raccolta*, 2005, p. I-1383.

<sup>149</sup> Parere della Corte (seduta plenaria) del 7 febbraio 2006, Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, parere 1/03, *Raccolta*, 2006, p. I-1145

<sup>150</sup> Sentenza *Owusu*, punti 25-29; parere 1/03, punti 144 e ss., ed in specie i punti 148 e 149. Sia sulla sentenza *Owusu*, sia sul parere, sia consentito rinviare all'analisi svolta in B. CORTESE, *op. cit.*, pp. 546 ss.

## V. Conclusioni

23. L’analisi delle conseguenze della Brexit sul diritto internazionale privato e processuale in materia civile e commerciale mette in luce un esito binario.

Se per il profilo del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, infatti, nessun particolare scossone è in vista qualunque sia l’esito dei negoziati tra il Regno Unito e l’Unione in vista del termine del periodo transitorio, per quanto invece riguarda il profilo della disciplina della giurisdizione e quello del riconoscimento delle decisioni il panorama giuridico attuale rischia di essere stravolto da un sisma di primaria importanza, in caso di uscita senza adeguato accordo.

Per questi ambiti, in particolare, si è messo in luce come, sia in relazione all’esercizio della giurisdizione, sia (soprattutto) in relazione al riconoscimento, neppure un’estensione unilaterale del regime Bruxelles I(bis) che si volesse attuare dai due lati del Canale della Manica darebbe luogo a soluzioni ottimali. In relazione ad entrambi i profili, dunque, rimarrebbe senz’altro auspicabile un definitivo passaggio ad un regime convenzionale “doppio”.

Nella specie, ferma restando la tappa intermedia e realistica consistente nell’adesione del Regno Unito alla Convenzione di Lugano, l’obiettivo ultimo dovrebbe essere la conclusione di un accordo bilaterale UE/Regno Unito comportante l’estensione del regime previsto dal regolamento Bruxelles I(bis) al Regno Unito post Brexit.

In fondo, quello che si sta qui preconizzando, è un accordo sullo stile di quello raggiunto all’interno dell’Unione, tra l’UE e la Danimarca, per l’applicazione del regime regolamentare<sup>151</sup>, nonostante la non partecipazione di quello Stato membro allo Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia.

Ora, è ben vero che la prospettiva di estendere al Regno Unito il modello dell’Accordo UE-Danimarca appare estremamente ambiziosa e politicamente poco digeribile nello scenario britannico attuale – dati gli impegni presenti nell’accordo danese circa la giurisdizione della Corte di giustizia, compresa la possibilità di un procedimento di infrazione<sup>152</sup>.

Tuttavia il percorso di avvicinamento che qui si immagina potrebbe rendere plausibile un accordo del genere *senza controllo della Corte*, ma con un meccanismo di controllo internazionalistico capace di agganciare, di fatto, l’accordo all’evoluzione del sistema regolamentare, come definito *anche* dalla giurisprudenza della Corte.

Di quale percorso si tratta?

Le prime due tappe (in verità alternative) sono la naturale conseguenza dell’analisi condotta qui sopra, e sono in effetti già state illustrate nel corso del presente lavoro. Su di esse sarà dunque possibile limitarsi ad un cenno.

Si dovrebbe muovere senz’altro dalla (spedita) conclusione di un accordo di adesione alla Convenzione di Lugano 2007, così come essa è attualmente in vigore con gli Stati EFTA. Ciò garantirebbe una sorta di rete di salvataggio buona ad evitare scenari catastrofici, rendendo negoziazioni ulteriori – e passi unilaterali di buona volontà all’interno di un quadro negoziale – sicuramente più agevoli.

In ogni caso, si dovrebbe procedere, *in parallelo* nel Regno Unito e nell’Unione, all’introduzione *unilaterale* di regole di continuità, modellate sul regolamento, in vigore a titolo transitorio o comunque residuale (applicabili, cioè, in mancanza di uno specifico accordo bilaterale o di una convenzione latamente equivalente, come la Convenzione di Lugano). Ciò consentirebbe di mantenere (o ricostituire) la fiducia sul fatto che, in quest’area non si vuole alcuna discontinuità sostanziale - come in altre aree dove scenari del genere erano invero stati predisposti nelle settimane più buie dei negoziati<sup>153</sup>.

<sup>151</sup> Accordo tra l’Unione europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, fatto il 19 ottobre 2005, concluso per l’Unione dal Consiglio con la Decisione 2006/325/CE, del 27 aprile 2006, è in vigore dal 1. luglio 2007. L’Accordo, il cui testo è in GUUE n. L 299 del 16 novembre 2005, è stato da ultimo modificato, per gli aspetti che interessano il presente lavoro, con la notifica danese del 22 aprile 2015 che ne adegua il contenuto al Regolamento Bruxelles I(bis): GUUE n. L 182 del 10 luglio 2015.

<sup>152</sup> Basti pensare al rinvio pregiudiziale previsto dall’art. 6 dell’Accordo UE-Danimarca e al ricorso per infrazione previsto dall’art. 7 dello stesso Accordo. Cfr. R. AIKENS, A. DINSMORE, *op. cit.*, pp. 914, 915; G. RÜHL, *op. cit.*, p. 120.

<sup>153</sup> Si vedano le comunicazioni della Commissione sulla cosiddetta *no-deal Brexit preparedness*, ed in particolare la quarta comunicazione del 12 giugno 2019, COM(2019) 276 final, Stato attuale dei preparativi delle misure di emergenza in vista del recesso del Regno Unito dall’Unione europea.

A questo punto, sarebbe possibile immaginare la conclusione di un Accordo bilaterale sull'applicazione del regime regolamentare nei rapporti UE / Regno Unito, che sostituisca però alla previsione “danese” di un sostanziale impegno al rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, accompagnato dall'accesso dello Stato in questione alle procedure davanti Corte aventi ad oggetto il Regolamento e dal potere della Commissione di proporre un ricorso di infrazione davanti alla Corte, un meccanismo differente, di stampo internazionalistico ma capace di ottenere nella sostanza lo stesso risultato.

L'ipotesi che si vuole qui delineare è quella di un organo bilaterale (esecutivo) di controllo dell'applicazione di quell'Accordo, nell'ambito del quale si operi un costante monitoraggio della giurisprudenza della Corte relativa al Regolamento. A quell'organo si dovrebbe attribuire il potere di introdurre, su richiesta di una parte ma con decisione consensuale, le modifiche necessarie all'adeguamento dell'Accordo non solo ad eventuali novelle regolamentari – per le quali si prevedrebbe comunque un coinvolgimento a titolo consultivo del Regno Unito nei lavori del Consiglio, ma le modifiche necessarie all'allineamento dell'Accordo all'evoluzione della giurisprudenza della Corte relativa al Regolamento, ove si ritenga che la giurisprudenza delle corti britanniche, relativa all'applicazione dell'Accordo, non si sia adeguata ai principi di diritto così emersi.

Parallelamente, si dovrebbe prevedere che, mancando il consenso sull'introduzione delle modifiche richieste da una parte (in ipotesi, l'Unione), l'Accordo bilaterale sia terminato.

In tal modo, da un lato, si instaurerebbe un meccanismo capace di garantire il perdurante parallelismo della disciplina del Regolamento e di quella applicabile nei rapporti con il Regno Unito. Dall'altro lato, si eviterebbe una formale sottoposizione del Regno Unito ai... capricci di una Corte di giustizia incapace di comprendere la bontà delle soluzioni di *common law*<sup>154</sup>. Anche perché, ove il legislatore dell'Unione lo volesse, rimarrebbe comunque aperta la strada di una modifica espressa del regime Regolamentare capace di ricondurre, per il futuro, il parallelismo su binari diversi da quelli definiti dalla Corte ed accettabili dalla controparte britannica: l'esempio del *recast* in materia di *lis pendens* è lì a dimostrare che una strada del genere è tutt'altro che teorica.

In un sistema del genere l'incentivo pragmatico a garantire, nella gran parte dei casi, l'adeguamento dell'Accordo all'evoluzione della giurisprudenza della Corte sarebbe ben presente e solamente in casi eccezionali si ricorrerebbe ad una “smentita” di quella giurisprudenza tramite modifica del Regolamento. Ove quella modifica non fosse concretamente operabile, o per l'ancoraggio dell'interpretazione data dalla Corte ai principi del Trattato, o per la più banale impossibilità di raggiungere le maggioranze a ciò necessarie nelle istituzioni co-legislative, la scelta sarebbe a questo punto al governo e al parlamento britannici. In ogni caso, non si tratterebbe di un'alternativa drammatica.

Da un lato, infatti, si aprirebbe l'ipotesi di confermare, nonostante tutto, l'adeguamento del sistema richiesto dalla parte UE: in fondo, in tal modo, si potrebbe ben argomentare, nei confronti dei critici dell'Unione *a priori*, che quell'adeguamento è *sovranamente* consentito dalla parte britannica tramite una deliberazione sovrana del Parlamento di Westminster, cui anche la *common law* è abituata a piegarsi.

Dall'altro lato, in presenza di una rete di sicurezza costituita dalla Convenzione di Lugano o da un terreno comune di fondo determinato da due regimi unilaterali *grosso modo* equivalenti, quel dibattito parlamentare potrà svolgersi con la reale prospettiva di un esito alternativo, non catastrofico.

**24.** Giunti al punto in cui siamo, proviamo a chiudere queste riflessioni in una chiave semiseria, come abbiamo aperto questo lavoro, e così com'è in fondo tutta la vicenda della Brexit: a metà tra dramma e commedia.

E se fosse tutto un equivoco *en travesti*?

Se l'apparente *nonchalance* con cui il governo britannico e il negoziatore dell'Unione hanno considerato l'obiettivo di continuare a garantire le condizioni tecnico giuridiche delle relazioni sociali ed economiche tra gli individui *across the Channel* fosse solo una prova... per infine riannodare una relazione che *deve* continuare- almeno in quest'ambito, *against all odds*?

Nulla in fondo, se non un'ostinata (cieca) perseveranza ideologica nel recidere ogni legame con

<sup>154</sup> Nella prospettiva radicalmente critica sul rapporto tra giurisprudenza e principi di *common law* sostanzialmente assunta da molti e ben esemplificata dal saggio di T.C. HARTLEY già citato in apertura di questo lavoro.

...la perfida Unione, da un lato, ed un risentito livore del partner abbandonato, dall'altro, spiegherebbe perché rinunciare ad un meccanismo settoriale che garantisca sostanziale continuità, anche ove i termini delle complessive relazioni commerciali non dovessero definiti in maniera soddisfacente in un accordo globale entro la data ghigliottina del 31 dicembre 2020. Perché non c'è alcun dubbio che l'interesse di entrambe le parti di questa commedia è certo quello di favorire il più possibile il mantenimento della stabilità delle situazioni giuridiche e la prevedibilità delle relazioni in materia civile e commerciale, obiettivo che solo una facile circolazione dei giudicati può garantire.

Pensiamo allora che quel disinteresse di cui le parti negoziali hanno fatto mostra sinora sia solo un gioco e che alla fine, con le parole che Rosalind rivolge ad Orlando in *As you like it*, ci sentiremo dire: “Believe then, if you please, that I can do strange things. I have, since I was three year old, conversed with a magician, most profound in his art and yet not damnabler”<sup>155</sup> così che infine, Hymen, la... divinità delle unioni, possa chiudere anche questa commedia annunciando “Then is there mirth in heaven, / When earthly things made even / Atone together”<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> W. Shakespeare, *As you like it*, (Act V. Scene ii. 63-66).

<sup>156</sup> W. Shakespeare, *As you like it*, (Act V. Scene iv. 114-116).

LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS  
COMERCIALES INTERNACIONALES Y LOS EFECTOS  
DERIVADOS DEL COVID-19 SOBRE LAS RELACIONES  
CONTRACTUALES: UNA PERSPECTIVA DESDE EL  
DERECHO ESPAÑOL

THE UNIDROIT PRINCIPLES ON INTERNATIONAL  
COMMERCIAL CONTRACTS AND THE EFFECTS DERIVED  
FROM COVID-19 ON CONTRACT RELATIONS:  
A PERSPECTIVE FROM THE SPANISH LAW

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de Murcia*

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA  
*Catedrática de Derecho Civil*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 17.01.2021 / Aceptado: 23.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5957>

**Resumen:** La *Nota* publicada el pasado 15 de julio 2020 por el Secretariado de Unidroit, relativa a los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales en la crisis sanitaria de la Covid-19, pretende ofrecer una guía sobre el modo en que los Principios pueden servir como un útil instrumento para afrontar, en términos jurídicamente adecuados, algunos de los problemas típicos que se están suscitando como consecuencia de la pandemia y de las medidas adoptadas para paliar sus efectos, así como la crisis económica derivada. La magnitud de la crisis impone sin duda la necesidad de articular medidas legales específicas, inspiradas por criterios de justicia distributiva (y no solo conmutativa). Se trata, además, de evitar que el recurso a los instrumentos generales provoque el colapso de los tribunales, a lo que se une el inconveniente de la disparidad de criterios y la inevitable lentitud en la construcción de guías jurisprudenciales. La legislación de emergencia no podrá, sin embargo, ofrecer una solución satisfactoria a todos los conflictos que se vienen planteado y seguirán surgiendo en el futuro próximo, y es en este terreno donde tendrá que acudir a los conceptos generales. La Nota aporta interesantes perspectivas a la hora de interpretar y aplicar las normas nacionales que regulan las instituciones básicas de obligaciones y contratos, en especial las relacionadas con las nociones de fuerza mayor/caso fortuito, y excesiva onerosidad sobrevenida/*rebus sic stantibus*. En este artículo, siguiendo una sistemática expositiva paralela a la de la propia Nota, se centra el foco, no tanto en la legislación de emergencia, sino más bien en el modo en que tanto los Principios como las sugerencias de la Nota pueden ser aprovechados para plantear posibles soluciones en el contexto del ordenamiento jurídico español, con una atenta consideración a los planteamientos de la jurisprudencia, sobre todo de los últimos años, y al entendimiento de las nociones de fuerza mayor y caso fortuito, imposibilidad, excesiva onerosidad sobrevenida, así como el ámbito de aplicación, los presupuestos y los efectos de la regla *rebus*.

**Palabras clave:** Covid-19, Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, fuerza mayor, imposibilidad, excesiva onerosidad sobrevenida, incumplimiento contractual.

**Abstract:** The Note published on July 15th 2020 by the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 health crisis seeks to offer guidance on how the Principles could help as a useful tool to address the main contractual disruptions caused by the pandemic and by the measures taken to mitigate its effects, as well as the ensuing economic crisis. The magnitude of the crisis undoubtedly demands specific legal measures, inspired by criteria of distributive justice (and not just commutative). It is also a question of preventing an overwhelming burden of the justice system, as well as the drawbacks of criteria disparities and the unavoidable slowness in the development of consolidated jurisprudential guidelines. Emergency legislation, however, will not be able to provide satisfactory solutions to all the conflicts that have arisen and will continue to arise in the near future, and it is in this area where general concepts will have to be used. The Note provides interesting insights into the interpretation and application of national rules governing the basic institutions of obligations and contracts, in particular those related to the notions of force majeure/fortuitous event, impossibility and hardship/*rebus sic stantibus*. In this article, following the same structure as the Note itself, the focus is not so much on emergency legislation, but rather on the way in which both the Principles and the suggestions of the Note can be used in order to propose possible solutions in the context of the Spanish legal system, taking into account the evolution of caselaw, especially of recent years, and the understanding of the notions of force majeure and fortuitous case, impossibility, hardship, as well as the scope, the requirements and the effects of the *rebus* rule.

**Keywords:** Covid-19, Unidroit Principles on International Commercial Contracts, force majeure, impossibility, hardship, breach of contract.

**Sumario:** I. Consideraciones generales. 1. La Nota del Secretariado de Unidroit sobre los Principios de Unidroit relativos a los Contratos Comerciales Internacionales y la crisis sanitaria del Covid-19. 2. La perspectiva desde el Derecho español de obligaciones y contratos: legislación de emergencia y mecanismos generales. 3. El desarrollo de la crisis en España. II. La fuerza mayor. 1. El concepto de fuerza mayor en los Principios: la noción de “impedimento para el cumplimiento” y la imposibilidad sobrevenida de la prestación. 2. El régimen de la imposibilidad originaria de la prestación en los Principios y en el CC. 3. Los requisitos de la fuerza mayor en los Principios y en el Código Civil: eventos ajenos al control del deudor; imprevisibilidad; inevitabilidad; razonabilidad. 4. Los requisitos de la fuerza mayor exoneradora y/o liberatoria en el contexto de la crisis generada por el coronavirus. A) Las circunstancias del caso concreto. B) La esfera de control de las partes. C) La previsibilidad. D) Las cláusulas contractuales *ad hoc*. E) El carácter insuperable o inevitable de los impedimentos. 5. Los deberes adicionales impuestos a las partes. A) La obligación de notificar al acreedor la existencia del impedimento. B) El deber del acreedor de mitigar el daño. C) Principio de buena fe y deber de cooperación entre las partes. 6. Posibilidad de acudir a otros remedios. III. Excesiva onerosidad (*hardship*). 1. El deber de cumplir el contrato a pesar de la excesiva onerosidad sobrevenida y la adaptación o la resolución contractual como excepción en los PICC. 2. La situación de *hardship* en los Principios: aumento de coste de la prestación propia o disminución de valor de la que se recibe. 3. La doctrina *rebus* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) La excesiva onerosidad sobrevenida en puertas del Covid-19. B) La frustración del fin del contrato. C) Crisis y dificultades económicas del deudor. 4. Las circunstancias sobrevenidas y su incidencia causal sobre la excesiva onerosidad. 5. Los requisitos adicionales para invocar la excesiva onerosidad en los Principios y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aplicación en tiempos de crisis COVID. A) Circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato. B) Eventos que no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte perjudicada en el momento de celebrarse el contrato y que escapan a su control. C) La asunción del riesgo por la parte perjudicada. D) Cláusulas específicas sobre asignación de riesgos. 6. Los efectos de la excesiva onerosidad. A) Renegociar. Esa es la cuestión. B) La regla supletoria en defecto de acuerdo. 7. Propuestas normativas para codificar la *rebus* en tiempos de crisis. IV. Conclusiones.

## I. Consideraciones generales

### 1. La Nota del Secretariado de Unidroit sobre los Principios de Unidroit relativos a los Contratos Comerciales Internacionales y la crisis sanitaria del Covid-19

1. El pasado 15 de julio de 2020 el Secretariado del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó una Nota relativa a la interpretación y aplicación de los Principios de Unidroit relativos a los Contratos Comerciales Internacionales en el contexto de la crisis sanitaria, social y económica generada por el COVID-19<sup>1</sup>. La *Nota* pretende ofrecer al lector una guía sobre el modo en que los Principios pueden servir como un útil instrumento para afrontar en términos jurídicamente adecuados algunos de los problemas típicos que se están suscitando en todo el mundo como consecuencia del impacto que, no solo la pandemia en sí misma, sino también las medidas adoptadas por los diferentes Gobiernos para atajarla y paliar sus efectos, así como la crisis económica derivada, están teniendo sobre la actividad económica en general y, en particular, sobre el normal desarrollo de las relaciones contractuales.

2. Tras recordar el importante papel que los Principios vienen cumpliendo, desde su primera formulación en 1994, como instrumento de armonización del Derecho de contratos a nivel internacional (con su correspondiente reflejo en la negociación y redacción de los contratos, en las legislaciones nacionales y supranacionales, en la labor de los tribunales nacionales e internacionales y en el terreno de los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos), el documento aborda una “descripción del caso” en la que se exponen de forma sintética los principales hitos por los que ha atravesado el proceso de expansión de la enfermedad desde la aparición de sus primeras manifestaciones en China a finales de 2019 hasta el momento en que (coincidiendo con la elaboración de la *Nota*) la misma alcanza la dimensión de una pandemia mundial, así como un examen de los principales tipos de medidas que se vienen adoptando por parte de los diferentes Gobiernos, y que, en muchos casos, llevan consigo una paralización total o parcial de la actividad económica y social y, en consecuencia, un obstáculo para el normal desenvolvimiento de las relaciones contractuales.

3. Centrando su atención en el terreno contractual, y en línea con la que viene siendo la *communis opinio* entre los juristas que en todos los países están estudiando el tema, la *Nota* centra su análisis en la posibilidad y oportunidad de reconducir muchos de los problemas así planteados a dos instrumentos clásicos del Derecho de obligaciones y contratos, que cuentan con una regulación específica en los Principios: la fuerza mayor, como causa de exoneración de la responsabilidad por incumplimiento, y la excesiva onerosidad sobrevenida (*hardship*), como fundamento de una posible renegociación o revisión de los términos del contrato ante un cambio extraordinario de circunstancias<sup>2</sup>. Con una cuidada técnica jurídica, y haciendo un acertado uso de los ejemplos, el documento va examinando detenidamente los diferentes aspectos de la regulación contenida en los Principios a propósito de los citados mecanismos (presupuestos, requisitos, efectos...) a la luz de las cambiantes circunstancias que han ido surgiendo en

<sup>1</sup> Accesible en español en la página <https://www.unidroit.org/spanish/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-s.pdf>.

<sup>2</sup> Significativamente, ambos instrumentos aparecen mencionados conjuntamente en los “Principios para la crisis del Covid” propuestos por el European Law Institute (disponibles en [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_COVID-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf)). Concretamente, el Principio 13<sup>o</sup> se pronuncia en los siguientes términos: “*Force majeure and hardship (1) Where performance of a contract is temporarily or definitively prevented directly or indirectly due to the COVID-19 outbreak or the European States’ decisions taken in relation with the COVID-19 outbreak, States should ensure that existing law on impossibility or force majeure apply in an effective way, and provide reasonable solutions. In particular, the contractual allocation of risk in these instances should be evaluated in the light of existing contracts, background legal regime and the principle of good faith. (2) Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including when cost of performance has risen significantly, European States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into re-negotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation. (3) In conformity with the principle of solidarity, States should ensure that the consequences of the disruption of contractual relationships, such as the cancellation of travel arrangements, should not be at the sole risk of one party, in particular of a consumer or SME*”.

el curso de la evolución experimentada por la pandemia en los distintos países, tomando especialmente en consideración, por razones obvias, las relaciones contractuales de naturaleza comercial y de carácter internacional.

## 2. La perspectiva desde el Derecho español de obligaciones y contratos: legislación de emergencia y mecanismos generales.

4. Hay que recordar que entre las funciones que se atribuyen a los Principios, según su propio Preámbulo, está la de aportar criterios de interpretación e integración de los Derechos nacionales; y, en este sentido, el presente trabajo pretende recoger el guante, analizando, con un método comparativo, el modo en que tanto los propios Principios, como las sugerencias e indicaciones que propone la *Nota*, pueden ser aprovechados para plantear posibles soluciones y respuestas a la actual crisis en el contexto del vigente ordenamiento jurídico español, atendiendo a las especiales circunstancias que se han dado en nuestro país durante los últimos meses. Para ello, seguiremos, a grandes rasgos, una sistemática expositiva paralela a la de la propia *Nota*, centrando el foco, no tanto en la heterogénea legislación de emergencia dictada en los últimos meses (a la que, sin embargo, dedicaremos alguna atención), sino más bien en la interpretación y aplicación de ciertos mecanismos generales del Derecho español de obligaciones y contratos, como el régimen del caso fortuito, la imposibilidad sobrevinida de la prestación por causa no imputable al deudor, o la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*.

5. La oportunidad del planteamiento expuesto parece clara, habida cuenta de que el vigente ordenamiento español sigue manteniendo a propósito de estas figuras (y, en general, en el ámbito de la teoría general de obligaciones y contratos) una regulación (la procedente de la redacción original del Código Civil de 1889) que en la actualidad resulta claramente insuficiente en sus términos literales<sup>3</sup>; aun reconociendo que su interpretación y aplicación práctica se ha visto notablemente enriquecida por la labor de la jurisprudencia (y la doctrina), muy especialmente a raíz de la necesidad de atender a los problemas derivados de la crisis financiera de 2008, que supuso para el sistema del Código Civil una dura “prueba de estrés” llamada, al parecer, a repetirse ahora.

6. Parece evidente que el recurso a mecanismos propios de la teoría general de obligaciones, como son la fuerza mayor y la excesiva onerosidad, cuya activación puede conducir fácilmente al planteamiento de litigios ante los Tribunales y, eventualmente, a la extinción de las relaciones contractuales preexistentes, debe plantearse en la situación actual como una solución subsidiaria. Como han señalado diversos autores<sup>4</sup>, la magnitud de la crisis impone la necesidad de articular medidas legales *ad hoc*, ba-

---

<sup>3</sup> Sobre las limitaciones que, a la hora de afrontar la actual crisis, presenta la vigente legislación española en materia de fuerza mayor y excesiva onerosidad sobrevinida, frente a las iniciativas que se han venido adoptando en los países de nuestro entorno y en otras instancias internacionales, v. GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., “Fuerza mayor”, en *InDret*, 2/2020, *op. cit.*, pp. 5 y ss., que destaca, en particular, la ausencia en nuestro ordenamiento de una regulación general positiva sobre la alteración sobrevinida de las circunstancias, similar a la que se da en otros sistemas (pp. 7-8): “A pesar de su generalidad, tales normas permiten que los gobernantes de aquellos países se centren en la adopción de medidas excepcionales y temporales que resuelven problemas concretos de contratos concretos o de contratantes específicos con la tranquilidad de que el resto de casos dispone de una regulación general para un supuesto como el causado por la crisis sanitaria”. Y añade: “Acaso alguna de las normas o propuestas indicadas pudiera incluirse en la legislación de urgencia dictada con motivo de la crisis causada por la Covid-19. La situación exige una intervención del legislador que diera a los contratantes, primero, y a nuestros jueces y tribunales, después, un marco claro de actuación, especialmente urgente en atención a los escasos mimbres normativos con los que cuenta nuestro derecho de obligaciones para dar respuesta a una situación tan extrema como la que nos toca vivir ahora”. En p. 3, no obstante, el propio autor advierte sobre la dificultad que supone dictar normas con carácter general y vocación de permanencia en tiempos de crisis.

<sup>4</sup> V. al respecto las interesantes reflexiones de GANUZA, J.J., y GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, en *InDret*, 2/2020, pp. 558 a 584, especialmente en pp. 560 a 562, donde destacan la necesidad de abordar las consecuencias de la crisis con medidas “sistémicas y urgentes”, de amplio alcance y eficacia temporal, y con un bajo coste de aplicación, y no mediante el recurso a instrumentos (como la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*) que pueden exigir una intervención judicial basada en la consideración de las circunstancias del caso concreto. V.

sadas en mecanismos de justicia distributiva (y no solo de justicia conmutativa, como corresponde a los instrumentos señalados) que garanticen, ante todo, la imprescindible protección de los sectores sociales y económicos más perjudicados por la crisis; pero que permitan también abordar de un modo expeditivo y eficiente el ingente número de situaciones conflictivas que previsiblemente se van a plantear, y cuya solución no puede hacerse depender de decisiones judiciales más o menos inciertas y, sin duda, dilatadas en el tiempo; procurando, además, en lo posible, mantener la vigencia del entramado contractual preexistente, que habrá de constituir sin duda un factor clave para la futura reactivación económica.

7. Al igual que ha sucedido en otros países de nuestro entorno, el Estado español, a través de sus diferentes instancias legislativas y ejecutivas (tanto estatales como autonómicas) ha venido dictando una amplia legislación de emergencia concretada en numerosas disposiciones legales y reglamentarias. Limitándonos al examen de las normas dotadas de un rango legal, la mayor parte de las medidas de emergencia han sido adoptadas mediante la promulgación por el Gobierno nacional de un amplio número de Reales Decretos-Ley en los que se han abordado todo tipo de cuestiones, incluyendo, en algunos casos, previsiones que afectan, normalmente con carácter temporal, al contenido de las relaciones contractuales entre particulares<sup>5</sup>, y en las que, en ocasiones, se detectan referencias más o menos explícitas a la noción de fuerza mayor, a la cláusula *rebus sic stantibus*, o a la conveniencia de propiciar el acuerdo de las partes en la renegociación de los contratos afectados por el cambio sobrevenido de circunstancias (incluso en ámbitos dominados por normas imperativas, como los contratos de consumo o los arrendamientos urbanos). No se trata de disposiciones de alcance general<sup>6</sup>, sino referidas a ciertos tipos de contratos de especial relevancia económica y social (contratos de financiación, arrendamientos urbanos, suministro de servicios esenciales, contratos de consumo), y orientadas a reforzar la protección de determinados colectivos a los que se considera especialmente perjudicados por las consecuencias directas e indirectas de la crisis: personas y familias vulnerables desde el punto de vista económico y social, autónomos, PYMES, consumidores y usuarios, empresas vinculadas al sector turístico o de transportes, etc.

8. En una buena parte de los casos, las medidas adoptadas consisten en moratorias, suspensión de ejecuciones y aplazamientos temporales de pago en contratos de financiación, incluyendo préstamos y créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual o de inmuebles afectos a ciertas actividades económicas, créditos de consumo, créditos con otras garantías inscribibles y especialmente orientados a PYMES y autónomos (como el arrendamiento financiero), y créditos destinados a empresas del sector turístico o de transportes<sup>7</sup>. También se han establecido diferentes medidas encaminadas a

---

también MORALES MORENO, A., "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?", en *ADC*, t. LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 447 a 454, donde explica que los instrumentos generales del Derecho de obligaciones y contratos, como la fuerza mayor o la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, basados en criterios de justicia conmutativa, no son adecuados para resolver la abrumadora incidencia de la crisis del coronavirus sobre el entramado de relaciones contractuales, para lo que se requiere una intervención directa y extraordinaria del legislador basada en criterios uniformes de justicia distributiva que tengan en consideración dos ideas fundamentales: la conservación de los contratos y la protección de la parte vulnerable; todo ello al margen de los inconvenientes inherentes a la judicialización de los conflictos (lentitud, coste económico, riesgo de falta de uniformidad en los criterios aplicados).

<sup>5</sup> Y que en bastantes casos han sido objeto de modificaciones posteriores con objeto de ampliar o limitar su vigencia, o para retocar algunos aspectos concretos de su regulación.

<sup>6</sup> Recuérdese, no obstante, que el propio RD 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma, disponía en sus Dispos. Adics. 2ª y 4ª (posteriormente derogadas) la suspensión de plazos procesales y de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera derechos y acciones durante el plazo de vigencia del estado de alarma y de sus sucesivas prórrogas.

<sup>7</sup> V. RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, adoptado en vísperas de la declaración del estado de alarma, pero teniendo ya presente la crisis generada por el coronavirus, que refuerza y amplía las medidas legales preexistentes relativas a la suspensión de los lanzamientos consiguientes a la ejecución de garantías hipotecarias sobre la vivienda habitual cuando los mismos hubieran de afectar a personas y familias especialmente vulnerables (art. 2). El RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone asimismo una moratoria en el pago de las deudas hipotecarias en beneficio de determinados deudores calificados como vulnerables (arts. 7 a 16 ter, luego modificados por Disp. Final 8ª RD Ley 26/2020), no solo en relación con la adquisición de la vivienda habitual, sino también respecto a inmuebles afectos a la actividad económica de empresarios o profesionales, y a viviendas distintas de la habitual destinadas al alquiler, cuando el arrendador se vea afectado por la moratoria o suspensión en el pago de las deudas arrendaticias. El RD Ley 11/2020, de 31 de marzo, modifica las condiciones subjetivas para la aplicación de la moratoria para créditos hipotecarios, amplía sus límites temporales, y extiende la moratoria y la suspensión de obligaciones a determinados

garantizar el suministro de servicios esenciales (agua, electricidad, gas, servicios de comunicaciones), disponiendo asimismo moratorias, aplazamientos, fraccionamientos y otras facilidades de pago para los usuarios<sup>8</sup>.

9. En materia de contratos de consumo, y al margen de disposiciones encaminadas a interrumpir, durante la vigencia del estado de alarma, los plazos para la devolución de productos comprados *on line* o presencialmente por los consumidores<sup>9</sup>, cabe destacar especialmente las medidas adoptadas en el art. 36 del RD Ley 11/2020, de 31 de marzo<sup>10</sup>, que regula el derecho de resolución sin penalización de determinados contratos por parte de los consumidores y usuarios. La norma se refiere a los contratos de compraventa de bienes y prestación de servicios destinados a consumidores y usuarios cuya ejecución haya devenido imposible como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir la crisis sanitaria<sup>11</sup>. En estos casos, se reconoce a los consumidores el derecho a resolver el contrato durante un plazo de catorce días desde que se constata la imposibilidad, aunque se advierte que “*la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*”<sup>12</sup>.

---

préstamos y créditos sin garantía hipotecaria (incluyendo, en virtud de una modificación posterior, a los arrendamientos financieros), cuando tienen por destinatarios a personas en situación de vulnerabilidad económica (arts. 16 y ss., posteriormente modificados por Disp. Final 9ª RD Ley 26/2020). En las dos normas citadas en último lugar (y también en el posterior RD Ley 19/2020) las medidas de protección alcanzan también a fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores en situación de vulnerabilidad. El RD Ley 15/2020, de 21 de abril, dedica su Disp. Adic. 15ª a la formalización notarial de los aplazamientos derivados de las moratorias relativas a créditos o préstamos con garantía inscribible. El RD Ley 19/2020, de 26 de mayo, regula también, de forma pormenorizada, las moratorias convencionales suscritas al amparo de acuerdos marco sectoriales adoptados, como consecuencia de la crisis sanitaria, en el seno de asociaciones representativas de entidades financieras (arts. 6 a 8 y Disp. Transitoria 1ª), con el propósito de facilitar la posibilidad de que las partes de los contratos de financiación otorgados por tales entidades puedan acordar moratorias y aplazamientos más allá del ámbito cubierto por las moratorias legales previstas en la legislación de emergencia, y de las convencionales que puedan acordar las partes al amparo de la autonomía privada, contribuyendo así a paliar en mayor medida las negativas consecuencias económicas de la crisis. El RD Ley 25/2020, de 3 de julio, incluye, entre las medidas para la reactivación económica en el sector turístico, especialmente afectado por las consecuencias de la pandemia, la regulación de la moratoria de préstamos hipotecarios otorgados para la financiación de inmuebles afectos a una actividad turística (arts. 3 a 9 y Disp. Adic. 3ª). Finalmente, el RD Ley 26/2020, de 7 de julio, establece, entre otras medidas para la reactivación económica en el sector de los transportes, una moratoria para los contratos de financiación concedidos a empresas dedicadas al transporte por carretera (arts. 18 a 23).

<sup>8</sup> El RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, establece determinadas garantías para el suministro de agua y energía a consumidores vulnerables (art. 4) y para el acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas y a la conectividad de banda ancha (arts. 18 a 20), considerados esenciales en situaciones de limitación de los desplazamientos, prohibiendo temporalmente su suspensión o interrupción en caso de incumplimiento del consumidor. El RD Ley 11/2020, de 31 de marzo, regula igualmente la garantía de suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo, gas natural y agua (art. 29, posteriormente modificado por Disp. Final 9ª RD Ley 26/2020), y establece medidas orientadas a flexibilizar las condiciones de determinados contratos de suministro de energía para ajustarlas a las nuevas pautas de consumo impuestas por la pandemia y las medidas de contención, incluyendo la posibilidad de solicitar la suspensión de los contratos (arts. 42 y ss.). Por su parte, el RD Ley 19/2020, de 26 de mayo, incluye algunas medidas adicionales relativas al fraccionamiento y aplazamiento de deudas en los servicios de comunicaciones electrónicas (art. 3). Finalmente, v. RD Ley 37/2020, de 22 de diciembre, cuya Disp. Adic. 4ª complementa y refuerza la garantía de suministro de agua, gas natural y electricidad a consumidores vulnerables.

<sup>9</sup> Art. 21 RD Ley 8/2020, de 17 de marzo. A la vista de la Exposición de Motivos, el precepto parece pensado fundamentalmente para las devoluciones derivadas del ejercicio por el consumidor del derecho de desistimiento legal o contractualmente reconocido; en este sentido, GREGORACI, B., “El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español”, en *ADC*, t. LXXIII, 2020, fasc. II, p. 480.

<sup>10</sup> Posteriormente modificado por Disp. Final 10ª RD Ley 15/2020 y por Disp. Final 5ª RD Ley 21/2020.

<sup>11</sup> Entiende M.P. GARCÍA RUBIO (“Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial, mayo 2020, p. 37) que deben incluirse en el espíritu de la norma los casos en que el cumplimiento del contrato no se haya hecho imposible, pero sí excesivamente oneroso para alguna de las partes como consecuencia del estado de alarma.

<sup>12</sup> Las propuestas de revisión, sigue diciendo el precepto, podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso; a estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde que el consumidor formula su solicitud de resolución sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión. La posibilidad de que cualquiera de las partes pueda formular una propuesta de revisión del contrato parece responder, según GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, p. 38), a la lógica de la *rebus sic stantibus*.

**10.** En el caso de contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, el mismo art. 36 excluye inicialmente la resolución (rescisión, dice la norma), salvo que ambas partes estén de acuerdo, y solo se prohíbe el cobro de nuevas cuotas hasta que el servicio pueda volver a prestarse con normalidad. En estos supuestos, se dispone que la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio *a posteriori*; y solo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación, se establece que habrá de procederse a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, previa aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas que hayan de imputarse por la prestación del servicio.

**11.** En lo que se refiere a los contratos de viaje combinado que hayan sido cancelados con motivo de la crisis, se dispone que el organizador o, en su caso, el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, previa aceptación de este, un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin que haya sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado<sup>13</sup>.

**12.** En materia de arrendamientos urbanos, destacan las medidas relativas a la suspensión de procedimientos de desahucio y lanzamiento, prórroga extraordinaria de los contratos, y moratoria o quita parcial de la deuda arrendaticia; medidas que se establecen, no solo en beneficio de los arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad, sino también respecto a arrendamientos para uso distinto o de industria cuyos arrendatarios son PYMES o autónomos. Por lo que ahora interesa, cabe destacar las previsiones contenidas en el RD Ley 11/2020 (arts. 1 y ss.<sup>14</sup>), en el que se subraya la conveniencia de evitar que el refuerzo en la protección de los arrendatarios de vivienda pueda trasladar la vulnerabilidad de estos a los pequeños arrendadores, propiciando, a tal efecto, los acuerdos entre las partes para facilitar el pago de las rentas (v. especialmente art. 8)<sup>15</sup>. Aún más significativo es, en este sentido, el RD Ley 15/2020, de 21 de abril, que incluye diferentes medidas orientadas a reducir los costes de PYMES y autónomos afectados en su capacidad de pago por la crisis mediante el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda o de industria (arts. 1 a 5)<sup>16</sup>. Especial interés, a los efectos de nuestro trabajo, reviste la justificación incluida en la Exposición de Motivos (ap. II) acerca de estas medidas, en la que se alude expresamente a las limitaciones que presenta el régimen general de la fuerza mayor en el Código Civil, y se propone una regulación

<sup>13</sup> No obstante lo anterior, el organizador, o en su caso el minorista, deberán proceder a efectuar el reembolso a los consumidores y usuarios en el supuesto de que estos soliciten la resolución del contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 160.2 TRLGDCU, siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. Si solo algunos de los proveedores de servicios del viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista, o la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato. Sobre la conveniencia de modular el nivel de protección del consumidor respecto al que se reconoce en condiciones normales, en atención a la necesidad de evitar consecuencias gravemente perjudiciales sobre los sectores empresariales implicados, v. GANUZA/GÓMEZ POMAR, *op. cit.*, p. 575. En un sentido más crítico, por la pérdida de derechos que puede suponer para los consumidores, y por la contradicción que implica respecto a lo dispuesto por las Directivas comunitarias en la materia, GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

<sup>14</sup> Preceptos posteriormente modificados por Disp. Final 9ª RD Ley 26/2020, y por RD Ley 37/2020, de 22 diciembre (art. 1). La Disp. Adic. 2ª de este último prevé determinadas compensaciones a favor de los propietarios y arrendadores que se vean perjudicados por el posible retraso de las Administraciones Públicas en la adopción de las medidas de protección social procedentes respecto a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad.

<sup>15</sup> A falta de acuerdo, la solución diseñada no consiste en imponer la moratoria con carácter obligatorio, sino en la habilitación de una línea de avales para la cobertura por el Estado de la financiación bancaria a arrendatarios en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis del coronavirus, o bien en facilitar la aplicación temporal de las fianzas arrendaticias para cubrir alguno de los periodos de renta aplazados.

<sup>16</sup> Posteriormente complementado por RD Ley 35/2020, de 22 diciembre, en el que se regula (arts. 1 a 6) un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la “modulación” del pago de las rentas de los alquileres de locales (modulación que puede concretarse, según los casos, en una reducción temporal de la renta o en una moratoria para su pago); y se prevén asimismo (art. 13) determinados incentivos fiscales para los arrendadores personas físicas de locales de negocio que acuerden determinadas rebajas voluntarias de las rentas.

más coherente, según se dice, con la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, en la medida en que se considera una vía más adecuada para buscar, a través del acuerdo entre las partes, un reequilibrio en las posiciones contractuales<sup>17</sup>.

13. El análisis crítico de buena parte de las normas apuntadas ha sido ya abordado en diferentes trabajos de investigación a los que nos permitimos remitir al lector<sup>18</sup>. En este momento, bastará con poner de manifiesto que, siendo tales medidas sin duda imprescindibles en las actuales circunstancias, no son pocas las justificadas críticas que se han venido planteando respecto a su concreta formulación. Se ha señalado, en este sentido, que se trata de normas técnicamente muy imperfectas, difíciles de interpretar y de aplicar, en ocasiones contradictorias, y casi siempre mal redactadas<sup>19</sup>. Desde el punto de vista de su finalidad, se echa de menos una técnica más cuidada a la hora de definir cuáles son los sectores económicos y sociales “vulnerables” a los que se pretende proteger en cada caso<sup>20</sup>, y también una mayor sensibilidad en el terreno de las exigencias administrativas y burocráticas a las que supedita el reconocimiento de tales situaciones de vulnerabilidad y la propia activación de las medidas<sup>21</sup>. Se echa de menos, igualmente, una mayor atención a la necesidad de adoptar medidas encaminadas a cortar de la manera más rápida y eficaz posible los problemas derivados de la falta de liquidez en la economía, evitando así posibles reacciones en cadena susceptibles de propagar a todos los sectores los negativos efectos de la crisis<sup>22</sup>. En lo que se refiere, concretamente, a las medidas encaminadas a paliar las negativas consecuencias de la pandemia sobre las relaciones contractuales, se ha subrayado igualmente el hecho de que el legislador no siempre es consciente de la necesidad de incidir en la regulación de las relaciones entre

---

<sup>17</sup> Exposición de Motivos del RD Ley 11/2020 (Ap. II): “Como consecuencia de las medidas excepcionales adoptadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, muchas actividades económicas se han visto obligadas a suspender su actividad o a reducir drásticamente la misma. En virtud de lo anterior, la falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo que dure el estado de alarma puede dar lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades. A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta Ley. Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves. Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula “*rebus sic stantibus*”, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales”. Sobre la posibilidad de recurrir a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* más allá de los límites definidos por la legislación de emergencia en materia de arrendamientos de locales de negocio o de industria, v. PANTALEÓN PRIETO, F., “Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales”, en *Almacén de Derecho*, 23 abril 2020, pp. 12-13, y GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 26-27; en contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Incidencia del Real Decreto-Ley 15/2020 sobre los arrendamientos para uso distinto del de vivienda”, en *Grandes Tratados. Comentarios al Título III de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Aranzadi, 2020 (BIB. 2020/11085), p. 12.

<sup>18</sup> Entre los trabajos de alcance más general, v. los ya citados de GANUZA/GÓMEZ POMAR, MORALES MORENO, GARCÍA RUBIO, GÓMEZ LIGÜERRE y GREGORACI.

<sup>19</sup> Por todos, GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

<sup>20</sup> GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

<sup>21</sup> GANUZA/GÓMEZ POMAR, *op. cit.*, p. 562, donde se critica la insistencia del legislador en la imposición de exigencias de formalización, documentación o registro (p. ej., en materia de moratorias hipotecarias), y se postula la conveniencia de favorecer el control *ex post* sobre el control *ex ante* respecto al cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de las medidas. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 30-31, y p. 33, respecto a las exigencias relacionadas con la justificación documental de la situación de vulnerabilidad alegada.

<sup>22</sup> GANUZA/GÓMEZ POMAR, *op. cit.*, p. 563. En esta línea se sitúa GREGORACI (*op. cit.*, pp. 474-475 y 484), cuando critica “que el legislador no haya procedido a desactivar de manera generalizada, durante el estado de alarma e incluso hasta algunos meses después de su finalización, la facultad de resolución, en general, y las cláusulas resolutorias en particular”. Según la autora, una previsión de este tipo permitiría reducir el riesgo de que se produzcan resoluciones en cadena (con su negativo efecto sobre la liquidez de los sujetos afectados y sobre la preservación del entramado preexistente de contratos, fundamental para la futura reactivación de la economía), y supondría además un incentivo a la negociación entre las partes.

particulares con técnicas distintas de las que son propias del ámbito administrativo, optando en ocasiones por redistribuir el riesgo económico entre las partes contractuales con arreglo a criterios discutibles, cuando no arbitrarios<sup>23</sup>.

14. Es evidente, en todo caso, que ni la legislación de emergencia dictada hasta el momento ni la que previsiblemente habrá de dictarse en los próximos meses (quizá años) podrá ofrecer una solución satisfactoria a todos los problemas y conflictos que se vienen planteando y seguirán surgiendo en el futuro inmediato. Inevitablemente, serán muchas las relaciones contractuales cuyo desarrollo normal habrá de verse negativamente influido por las consecuencias directas e indirectas de la pandemia, y cuya solución, con frecuencia, habrá de buscarse necesariamente en el ámbito judicial. Es en este terreno donde habrán de entrar en juego los conceptos de fuerza mayor/caso fortuito y excesiva onerosidad sobrevenida/*rebus sic stantibus*, a los que, por otra parte, se viene dedicando una amplia atención por parte de los estudiosos del Derecho en los últimos tiempos, especialmente a raíz de la crisis financiera de 2008. Como ya hemos adelantado, la nueva crisis que ahora se nos plantea, cuando todavía no habíamos acabado de superar las secuelas de la anterior, obligará a todos los operadores jurídicos a afinar la interpretación y aplicación de estos dos clásicos mecanismos a la luz de las exigencias planteadas por la realidad.

15. A la espera de que, una vez superado el actual periodo de crisis (y con la experiencia acumulada que resulta de la concatenación de dos crisis sucesivas de alcance mundial), el legislador español se decida a abordar una reforma en profundidad o, al menos, una actualización o modernización de nuestro Derecho general de obligaciones y contratos para incorporar a nuestro sistema algunas de las novedades que vienen siendo reclamadas por la doctrina -y anticipadas en buena medida por la jurisprudencia-, entendemos que los diversos operadores jurídicos podrán beneficiarse de los criterios desarrollados a partir de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Con el presente trabajo pretendemos contribuir a esa labor de estudio analizando, desde la perspectiva del sistema español vigente, las propuestas que formula la ya referida *Nota* sobre la interpretación y aplicación de los Principios en el contexto de la situación generada por la pandemia.

### 3. El desarrollo de la crisis en España

16. Sin ánimo exhaustivo, y con objeto de contextualizar adecuadamente el análisis, parece imprescindible realizar una breve exposición acerca de la evolución que ha experimentado la crisis del coronavirus en España a lo largo de los últimos meses. Es bien sabido que, tras la aparición de los primeros casos de la enfermedad en China, y tras su extensión a algunos países de su entorno, Europa fue una de las primeras regiones en recibir con especial intensidad el impacto de la propagación. En un primer momento, fueron Italia y España los países europeos más afectados por la expansión de la enfermedad; en el caso concreto de España, el incremento descontrolado de los contagios a lo largo de los meses de febrero y marzo (del que pronto fue consciente la opinión pública española en general: ya el 12 de febrero se había producido, con gran repercusión en los medios de comunicación, la cancelación de un acontecimiento de relevancia internacional, como el *Mobile World Congress* de Barcelona<sup>24</sup>, y era conocida la preocupante progresión de la enfermedad en un país muy próximo a España en tantos aspectos como es Italia), y las negativas previsiones sobre la insoportable presión que ello había de suponer para el sistema sanitario, dieron lugar a que ya en una fecha relativamente temprana se adoptaran por las autoridades medidas especialmente restrictivas de la movilidad y de la actividad económica y social.

<sup>23</sup> GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 17-18, 26 y 35. Como señala GÓMEZ LIGÜERRE (*op. cit.*, p. 3), “el legislador debería ser consciente de que las medidas de protección del deudor de determinadas prestaciones alteran el equilibrio acordado por las partes del contrato en los términos en que fue pactado”.

<sup>24</sup> La GSMA, asociación organizadora del Congreso -cuya celebración estaba prevista para los días 24 a 27 de febrero-, tomó la decisión definitiva de cancelar la edición de este año el día 12 de febrero, después de que varias de las empresas más relevantes del sector anunciaran que no acudirían al Congreso como medida de precaución ante la expansión de la enfermedad.

Mediante la promulgación por el Gobierno nacional del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (solo tres días después de que la OMS declarara la situación de pandemia mundial), se declaraba -con fundamento en el art. 116.2 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio- el estado de alarma en todo el territorio nacional, y se ordenaba de forma inmediata el confinamiento domiciliario general de la población, la cancelación de eventos públicos y el cese de prácticamente todas las actividades económicas no esenciales que implicaran desplazamientos de personas. De acuerdo con las previsiones constitucionales, el estado de alarma habría de ser posteriormente prorrogado hasta en seis ocasiones por el Congreso de los Diputados, finalizando el día 21 de junio de 2020; al mismo tiempo, se promulgaron numerosas disposiciones normativas (varias de ellas con rango de ley) encaminadas a regular diferentes aspectos de la actividad económica y social, incluyendo, como hemos visto, numerosas medidas sectoriales relacionadas directamente con el régimen de las relaciones contractuales entre particulares.

**17.** A medida que las cifras sanitarias iban manifestando una cierta mejoría, comenzó a plantearse la conveniencia de ir relajando paulatinamente las medidas de confinamiento y la paralización de la actividad económica. Tras la negativa del Congreso a conceder una nueva prórroga del estado de alarma, a partir de los primeros días de mayo se puso en marcha un proceso de “desescalada” articulado en cuatro fases, que, en función de las circunstancias de cada territorio, habría de finalizar a lo largo del mes de junio con el inicio de la fase denominada de “nueva normalidad”<sup>25</sup>. Con este planteamiento, se pretendía hacer coincidir con el periodo estival (en el que se confiaba en que se produjera una cierta ralentización en la propagación del virus) una recuperación general, aunque sujeta a ciertos límites, de la actividad económica y social, que habría de proyectarse, no solo en el ámbito interno español, sino también hacia el exterior, mediante la reactivación, al menos parcial, del sector turístico, esencial para la economía del país.

**18.** Lamentablemente, el desarrollo de los acontecimientos tras el desconfinamiento no se correspondió con las expectativas. Las esperanzas de poder controlar de manera rápida y eficaz los brotes más o menos esporádicos que pudieran detectarse durante la nueva fase se vieron pronto defraudadas. Los brotes se multiplicaron rápidamente, y pronto fueron dando paso, nuevamente, a situaciones de contagio comunitario; como consecuencia, la actividad turística durante los meses de julio y agosto descendió a cifras notablemente bajas. Llegado el mes de septiembre, y en vísperas de que se reiniciase la actividad escolar, era ya evidente que, con el inicio del otoño, la prevista segunda oleada de la epidemia llegaría a España sin que se hubiera conseguido controlar eficazmente la primera. Ya en octubre, comenzaron a adoptarse nuevas medidas restrictivas de la movilidad y de la actividad, primero a nivel local o comarcal, posteriormente a nivel regional<sup>26</sup>, y, finalmente, a nivel nacional, con la declaración por el Gobierno nacional de un nuevo estado de alarma<sup>27</sup>. Durante el mes de noviembre, la mayor parte de las Comunidades Autónomas se mantuvieron en situación de cierre perimetral, muchas establecieron también el cierre perimetral de todos o parte de sus municipios, se ordenó el toque de queda general durante las horas nocturnas en todo el país, y se adoptaron, en diferentes territorios, medidas que suponían el cese total o parcial de actividad en determinados sectores económicos, como la hostelería. A medida que se aproximaba el fin del año, la constatación de una cierta estabilización en las cifras de contagios, unida al deseo de salvar en lo posible la campaña navideña, tanto desde el punto de vista económico como social, llevó a las autoridades a flexibilizar en alguna medida las restricciones; simultáneamente, comenzaban a concretarse las esperanzadoras noticias sobre la posibilidad de disponer, en un breve plazo, de una o varias vacunas eficaces para luchar contra la pandemia. Mientras se escriben estas líneas, en los primeros días de enero, la puesta en marcha del programa de vacunación universal coincide con

<sup>25</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, por el que se aprueba el “Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad”; Real Decreto 555/2020, de 5 de junio; y RDLey 21/2020, de 9 de junio.

<sup>26</sup> Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declaraba nuevamente el estado de alarma, en este caso con referencia a determinadas zonas de la Comunidad Autónoma de Madrid.

<sup>27</sup> Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación e infecciones causadas por el SARS-CoV-2, cuya vigencia prevista, tras la aprobación de la correspondiente prórroga por el Congreso, es de seis meses.

la confirmación de las peores previsiones sobre la llegada de una tercera oleada de la pandemia, cuya envergadura podría superar a las anteriores, y con las especulaciones sobre la posibilidad y conveniencia de nuevos confinamientos. La incertidumbre sobre lo que habrá de suceder en los próximos meses, en definitiva, se mantiene.

## II. La fuerza mayor

### 1. El concepto de fuerza mayor en los Principios: la noción de “impedimento para el cumplimiento” y la imposibilidad sobrevinida de la prestación

19. El art. 7.1.7 de los Principios (ubicado dentro del Capítulo VII, dedicado al incumplimiento<sup>28</sup>) configura la fuerza mayor como un impedimento para el cumplimiento del contrato que, concurriendo determinados requisitos, exonera al deudor de responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento. Si el impedimento es temporal, la exoneración solo produce efectos durante un “periodo razonable”, suspendiendo mientras tanto el cumplimiento. En todo caso, la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor no priva a las partes de la posibilidad de ejercitar otros derechos que les puedan corresponder conforme a otras normas, como el de resolver el contrato, suspender el cumplimiento de las propias obligaciones, o exigir intereses por las sumas debidas<sup>29</sup>. Según se indica en el *Comentario* oficial de los Principios<sup>30</sup>, se trata de un concepto de fuerza mayor que no se corresponde ni con la tradición del *common law* relativa a la doctrina de la “frustración e imposibilidad de cumplimiento”, ni con la tradición continental de la *force majeure*, *Unmöglichkeit*, etc., sino que se toma de la práctica comercial internacional, donde es frecuente la inclusión en los contratos de las llamadas “cláusulas de *force majeure*”; lo que supone atribuir a la propia definición de la fuerza mayor un carácter “necesariamente amplio”, dado que los contratos mercantiles internacionales establecen con frecuencia disposiciones más complejas y precisas al respecto<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Obsérvese que, mientras que la fuerza mayor se regula en el capítulo 7, dedicado al incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevinida se regula en el capítulo 6, dedicado al cumplimiento. El art. 7.1.7 de los Principios está inspirado en el art. 79 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (Convenio de Viena), cuyo texto es el siguiente: “1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias. 2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo. 3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. 4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”. Un supuesto de aplicación del art. 79 de la Convención puede verse en la STS de 5 junio 2014 (RJ 4221).

<sup>29</sup> La influencia directa del art. 7.1.7 de los Principios es evidente en el modo de afrontar el tratamiento de las causas de exoneración del deudor en diferentes propuestas prelegislativas formuladas posteriormente en el ámbito jurídico europeo: v., p. ej., el art. 8.108 de los *Principles of European Contract Law*, o el art. III. – 3:104 del *Draft of Common Frame of Reference*. En el caso de España, esa misma influencia es claramente perceptible, p. ej., en el art. 1209 de la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos formulada por la Comisión General de Codificación en 2009 (disponible en [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292430960594?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Dispositio n&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta\\_para\\_la\\_modernizacion\\_del\\_Derecho\\_de\\_obligaciones\\_y\\_contratos\\_Ano\\_2009.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_CGC\\_Propuestas](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292430960594?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Dispositio n&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos_Ano_2009.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas)), o en el art. 518-24 de la Propuesta de Código Civil elaborada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (disponible en [http://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf)).

<sup>30</sup> *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 2016, ed. Unidroit, Roma, 2016 (disponibles en <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>), p. 240. En adelante, *Comentario*. V. también ap. 13 de la *Nota*.

<sup>31</sup> *Comentario*, cit., p. 242.

**20.** Como subraya la *Nota*<sup>32</sup>, el art. 7.1.7 se aparta de otras concepciones más tradicionales de la fuerza mayor, en la medida en que esta se identifica con un impedimento (total o parcial, definitivo o solo temporal) para el cumplimiento del contrato, pero no presupone necesariamente la imposibilidad sobrevinida de la obligación<sup>33</sup> o la frustración definitiva de la finalidad del contrato. La noción de “impedimento” permite así al deudor recurrir a la fuerza mayor “incluso cuando una cierta forma de cumplimiento es todavía técnicamente posible, pero el impedimento cumple los estrictos requisitos enunciados en la disposición”<sup>34</sup>. En todo caso, se insiste<sup>35</sup>, el deudor deberá probar que la existencia del obstáculo es relevante para el cumplimiento, así como la relación causal entre obstáculo e incumplimiento.

**21.** De este modo, el instrumento de la fuerza mayor adquiere en los Principios una considerable flexibilidad aplicativa, que se manifiesta en diferentes aspectos. Así, p. ej., facilita la extensión de la eficacia exoneratoria de la fuerza mayor a supuestos en que, no habiendo en sentido estricto imposibilidad de cumplimiento, este solo puede realizarse de forma parcial, irregular o tardía; y permite asimismo aplicar dicho régimen a prácticamente cualquier tipo de obligación, incluso aquellas (como las genéricas) respecto de las cuales se ha considerado tradicionalmente (*genus numquam perit*) que, por su propia naturaleza, no pueden llegar a ser de imposible cumplimiento. Como veremos, los Principios solo parecen excluir la posibilidad de reconocer eficacia exoneratoria a la fuerza mayor impeditiva respecto a las obligaciones de dinero<sup>36</sup>. Desde otro punto de vista, el planteamiento flexible de los Principios permite mantener el principio de obligatoriedad de los contratos dentro de unos límites razonables y ajustados a las exigencias impuestas por la realidad y la buena fe, en la medida en que facilita la aplicación del régimen de la fuerza mayor en supuestos en que el cumplimiento de la obligación, siendo objetivamente posible, supondría un esfuerzo desproporcionado o económicamente ineficiente para el deudor; lo que, por otra parte, permite establecer una cierta continuidad (o incluso superposición) entre el régimen de la fuerza mayor y el de la excesiva onerosidad sobrevinida (tal como acertadamente destaca la *Nota*<sup>37</sup>), evitando así los inconvenientes que pueden derivarse de la necesidad de establecer una nítida distinción entre dos conceptos -imposibilidad sobrevinida y excesiva onerosidad sobrevinida- que, en la práctica, no siempre será posible diferenciar con claridad<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> *Nota*, cit., aps. 9 y 15.

<sup>33</sup> A la imposibilidad de la prestación se refiere el art. 7.2.2 de los Principios, no como causa de extinción de la obligación, sino como límite al derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no dinerarias: “(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias) Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que: (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible; (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa (...)”.

<sup>34</sup> *Nota*, cit., ap. 9.

<sup>35</sup> *Nota*, cit., ap. 15.

<sup>36</sup> V. *infra*, II.6.

<sup>37</sup> *Nota*, cit., aps. 50 y 51. En el *Comentario* (cit., p. 222) ya se señalaba: “A la vista de las definiciones de *hardship*, contenida en este artículo (6.2.2), y de fuerza mayor, contenida en el art. 7.1.7, conforme a los Principios pueden darse situaciones fácticas que puedan al mismo tiempo ser consideradas como casos de excesiva onerosidad sobrevinida y de fuerza mayor. Si es este el caso, corresponde a la parte afectada por tales sucesos decidir qué remedio utilizar. Si invoca fuerza mayor, será con objeto de excusar su falta de cumplimiento. Si, por el contrario, una parte invoca la excesiva onerosidad sobrevinida, ello ocurrirá en primer término con el propósito de renegociar los términos del contrato, con objeto de conseguir que este se mantenga en vigor, aunque con sus términos revisados”.

<sup>38</sup> A esta cuestión se refiere, para el sistema español, CARRASCO PERERA (*Derecho de contratos*, 2ª ed., ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 971-972), cuando, tras señalar que, en principio, las circunstancias sobrevinidas que pueden fundamentar la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* no pueden caracterizarse como caso fortuito exoneratorio, al no producir la *imposibilidad* de cumplimiento de la obligación de que se trata, añade: “En no pocas ocasiones, empero, la distinción entre una modificación sobrevinida extraordinaria y una imposibilidad sobrevinida no es fácil de trazar, explicándose de esta forma lo común que es la alegación conjunta e indistinta de ambas formas de exoneración. Lo mismo ocurre en casos extremos de fracaso de la presuposición contractual, donde la intercambiabilidad entre doctrina del error, de la desaparición de la causa y de la regla *rebus* es inevitable. La combinación entre imposibilidad y *rebus* puede ocurrir también porque una imposibilidad temporal haya retardado tanto el cumplimiento del contrato que su reanudación comportara para el deudor la necesidad de invertir un sobre coste irrazonable por causa del tiempo transcurrido. No hay que dar excesiva importancia a estos solapamientos, ni tampoco al déficit teórico que en último extremo comporta la disponibilidad de diversos expedientes teóricos para explicar la misma cosa, siempre que se tengan claras las reglas *reales* de reparto de riesgos imprevisibles”.

22. En una primera aproximación, el sistema del CC español podría considerarse como un ejemplo de aquellos ordenamientos en los que la eficacia exoneradora de la fuerza mayor o del caso fortuito (reconocida genéricamente por el art. 1105)<sup>39</sup> aparece vinculada a la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor, regulada entre las causas de extinción de la obligación en los arts. 1182 y ss. del citado cuerpo legal<sup>40</sup>. Y es cierto que, a la hora de interpretar y aplicar estos últimos preceptos (con frecuencia citados en conjunción con el art. 1105), la jurisprudencia española ha afirmado que la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida, y la consiguiente liberación del deudor, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística, atendiendo a las circunstancias; y que debe tratarse de una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera, y no imputable al deudor<sup>41</sup>.

23. Lo cierto, sin embargo, es que una lectura más detenida del texto legal y de la propia jurisprudencia permiten apreciar una mayor flexibilidad en el sistema español, en una línea, probablemente, no tan alejada de los Principios. Obsérvese, ante todo, que si bien el caso fortuito está presente (sea implícita o explícitamente) tanto en el art. 1105 como en los arts. 1182 y ss., la función que se asigna a dicha noción en uno y otro lugar no es la misma: en el art. 1105, el caso fortuito exonera al deudor de las consecuencias de la falta de un exacto cumplimiento, con independencia de que la obligación sea o no, todavía, de posible cumplimiento; mientras que en los arts. 1182 y ss. lo que se regula es la extinción de la obligación, y la consiguiente liberación del deudor (sin perjuicio de la atribución al acreedor del *commodum representationis* del art. 1186), en aquellos casos en que el cumplimiento de la prestación debida se haya hecho imposible por causa que no le sea imputable: es decir, por caso fortuito<sup>42</sup>. No sería correcto, en consecuencia, deducir que en el sistema español la eficacia exoneradora del caso fortuito presupone necesariamente la imposibilidad sobrevenida de la obligación<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Aunque es cierto que ha existido un debate tradicional y diferentes propuestas encaminadas a identificar algún criterio de distinción entre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor (v. una exposición más bien didáctica sobre el tema en la STS de 30 septiembre 1983, *RJ* 4688), en la jurisprudencia se tiende a reconocer que, al menos en el ámbito de la responsabilidad contractual, se trata de términos sinónimos (v., p. ej., SSTS de 10 diciembre 1963, *RJ* 5220, 8 julio 1988, *RJ* 5584, 5 noviembre 1993, *RJ* 8970, 31 julio 1996, *RJ* 6084, y 19 mayo 2015, *RJ* 3118). De hecho, el propio CC utiliza ambos conceptos, en general, de forma indistinta (v., p. ej., los arts. 457, 1096.3, 1129.3º, 1136.2.1ª, 1183, 1488, 1744, 1745, 1777, 1891 y 1896.2). La posibilidad de establecer algún matiz diferencial parece apuntarse, sin demasiada claridad, en los arts. 1602, 1625 y 1784 CC; aunque, respecto a este último, alguna jurisprudencia sí ha subrayado la necesidad de distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor en función de que el suceso alegado se sitúe dentro o fuera de la esfera de control del empresario hostelero (cfr. SSTS de 11 julio 1989, *RJ* 5598, 15 marzo 1990, *RJ* 1696, y 27 enero 1994, *RJ* 569); en la doctrina, por todos, BADOSA COLL, F., “Artículo 1105”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ y otros (dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, t. II, p. 43; y ASÚA GONZÁLEZ, C., “Artículo 1105”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8.100, donde señala que, al margen de supuestos específicos como los señalados, y, en particular, en el ámbito del art. 1105, ambos términos pueden usarse indistintamente. Con referencia concreta a la actual situación, señala GREGORACI (*op. cit.*, p. 459, n. 4): “Hasta donde llega mi conocimiento, en el contexto del COVID-19 no se ha planteado la discusión relativa a distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, probablemente porque una construcción objetiva del caso fortuito, entendido como suceso externo a la esfera de control del deudor, difumina la diferencia entre ambas figuras en el ámbito de la responsabilidad contractual”.

<sup>40</sup> Concretamente, el art. 1182 declara extinguida la obligación de entregar cosa determinada cuando esta se pierda o destruya sin culpa del deudor y antes de haberse constituido este en mora; mientras que el art. 1184 establece que también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible. La vinculación entre la fuerza mayor del art. 1105 y la imposibilidad sobrevenida del art. 1184 se hace explícita, p. ej., en las SSTS de 19 junio 2014 (*RJ* 3778), 20 julio 2017 (*RJ* 3653) y 26 abril 2018 (*RJ* 2192). En la doctrina, esta vinculación fue defendida especialmente por JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1987, pp. 197 y ss.), para quien el hecho exoneratorio de la responsabilidad contractual en el CC es un hecho exoneratorio-extintivo complejo, compuesto por dos elementos: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, y la no imputabilidad al deudor de la causa que la origina.

<sup>41</sup> Una buena síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad sobrevenida de los arts. 1182 y ss. puede verse en la STS de 30 abril 2002 (*RJ* 4041), que a su vez cita otras muchas. Más recientemente, STS 13 mayo 2008 (*RJ* 3061).

<sup>42</sup> En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *ADC*, 1991, t. XLIV, pp. 1.019 a 1.092, p. 1.044; y CARRASCO (*Derecho de contratos...*, cit., p. 955), para quien, en el art. 1105, el caso fortuito exonera de los daños causados a un interés de indemnidad del acreedor, con independencia de que la obligación pueda o no ser cumplida; mientras que, en el ámbito de los arts. 1182 y ss., no se trata tanto de determinar si el deudor debe responder por los daños, sino si sigue o no obligado a cumplir. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, M.J., “Artículos 1182 a 1186”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8.709.

<sup>43</sup> De hecho, algún sector doctrinal ha defendido la posibilidad de establecer una distinción entre el caso fortuito exoneratorio del art. 1105 (entendido como suceso que excede de la diligencia máxima, más allá incluso de la exigible concretamente

24. Hay que recordar, por otra parte, que el propio concepto de “imposibilidad sobrevenida de la prestación” viene siendo interpretado por la jurisprudencia en un sentido bastante amplio. Por un lado, se admite sin discusión que la imposibilidad puede ser tanto física como legal, no solo en el caso de las obligaciones de hacer (a las que se refiere directamente el art. 1184), sino también en las de dar cosa específica, pese que el art. 1182 únicamente contempla, respecto a ellas, los supuestos de pérdida o destrucción; de manera que también quedará liberado el deudor en los casos en que sea imposible entregar la cosa debida por causas legales o fácticas<sup>44</sup>. Además, junto a la imposibilidad legal y física se ha llegado a reconocer la virtualidad extintiva de la llamada “imposibilidad económica”, que se daría en aquellos casos en que, por circunstancias sobrevenidas, alguna de las prestaciones deja de producir ningún beneficio a la parte que debería recibirla, lo que sitúa el supuesto en un ámbito próximo a la desaparición sobrevenida de la causa o a la frustración del fin del contrato<sup>45</sup>.

25. Desde otro punto de vista, se reconoce habitualmente que, siendo todavía posible el cumplimiento de la obligación, la concurrencia de un supuesto de caso fortuito impositivo también exonera de responsabilidad, sin liberarle de su obligación, al deudor que solo puede cumplir de forma tardía, parcial o irregular<sup>46</sup>; y, de hecho, este planteamiento se ha llegado a aplicar incluso en el caso de obligaciones genéricas cuyo cumplimiento se ve dificultado, pero no imposibilitado, por un supuesto de fuerza mayor<sup>47</sup>. En los casos de imposibilidad sobrevenida meramente parcial, se admite la subsistencia parcial

---

al deudor conforme al art. 1104), y el caso fortuito liberatorio del art. 1182 (entendido como ausencia de culpa-hecho propio del deudor); en este sentido, BADOSA, “Artículos 1094 a 1105” y “Artículos 1182 a 1186”, en *Comentario...*, cit., pp. 43 y 258; y, siguiendo al anterior, DE PABLO CONTRERAS, P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coord.), *Curso de Derecho Civil (II). Volumen I. Teoría general de la obligación y el contrato*, ed. Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2018, pp. 179 y 190. Un detenido estudio de la noción de caso fortuito en el sistema español de responsabilidad contractual, con referencias a las diferentes interpretaciones doctrinales, puede verse en GIL RODRÍGUEZ, J., “Responsabilidad por incumplimiento”, en PUIG I FERRIOL, LL. y otros, *Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 299 y ss.

<sup>44</sup> V., p. ej., SSTS de 30 noviembre 2006 (RJ 2007/241), 17 enero 2013 (RJ 1819), 19 mayo 2015 (RJ 3118), y 20 julio 2017, (RJ 3653), que citan otras muchas. En la doctrina, por todos, MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.705. De este modo, se entiende que el deudor se libera, no solo cuando la cosa debida se pierde o destruye físicamente, o cuando se da una dificultad extraordinaria para encontrarla o recuperarla, sino también, p. ej., cuando la cosa no puede ser entregada por estar en poder de un tercero protegido, o por haber quedado fuera del comercio de forma sobrevenida (cfr. art. 1122.2ª). Recuerda la STS de 30 abril 2002 (RJ 4041), con cita de otras muchas, que la imposibilidad sobrevenida de carácter legal abarca la derivada de un texto legal, pero también la que procede de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, y otras causas jurídicas. En el mismo sentido, SSTS de 15 diciembre 1987 (RJ 9434), 26 abril 2018 (RJ 2192), y 7 febrero 1994 (RJ 917); en esta última se advierte que no le es exigible al deudor que recurra las disposiciones de la autoridad que impidan el cumplimiento del contrato.

<sup>45</sup> Maneja el concepto de “imposibilidad económica” la conocida STS de 20 abril 1994 (RJ 3216) (relativa al arrendamiento de una finca para la explotación del guijo existente en la misma, que posteriormente resultó ser económicamente inviable) en la que, aludiendo también a la doctrina de la desaparición sobrevenida de la causa y a la frustración del fin del contrato, se señalaba: “*El motivo se estima por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo. Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula ‘rebus sic stantibus’, porque carece de sentido que, si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas. La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo*”. También en la doctrina se ha sostenido que, en aquellos casos en que, no siendo imposible en sí misma la prestación, esta no puede ya satisfacer de ningún modo el interés del acreedor, cabría entender que aquella se extingue por imposibilidad para cumplir el fin que le es propio; en este sentido, p. ej., MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.716; y CARRASCO, *Derecho de contratos*, cit., pp. 947-948.v

<sup>46</sup> V., p. ej., SSTS de 3 julio 1992 (RJ 6046) y 1 junio 1996 (RJ 4716), que recuerdan que no es mora el simple retraso en el cumplimiento, sino que se requiere, entre otras cosas, un retraso culpable (al menos, a efectos indemnizatorios).

<sup>47</sup> V., p. ej., la STS de 13 junio 1944 (RJ 893), relativa a la entrega de unas partidas de aceite que se vio afectada por la guerra civil: “*La fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en las obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce en principio efecto extintivo por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, en atención a que el género no perece, pero produce corrientemente imposibilidad pasajera con efectos meramente suspensivos en aquellos casos en que la fecha de*

de la obligación en la medida en que esta siga teniendo interés para el acreedor<sup>48</sup>. En algunos supuestos, la propia ley opta por imponer al deudor, imposibilitado para cumplir en los términos inicialmente previstos, la obligación de buscar formas alternativas de cumplimiento susceptibles de satisfacer el interés del acreedor o, al menos, de paliar el perjuicio sufrido por este<sup>49</sup>; obligación que, a falta de una expresa previsión legal, se considera que puede hacerse derivar también de la correcta interpretación del contrato conforme a la buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC y art. 57 Ccom.)<sup>50</sup>.

**26.** Por otra parte, aun partiendo de la base de que no puede identificarse con la imposibilidad la mera dificultad para cumplir en la que pueda encontrarse el deudor<sup>51</sup>, la jurisprudencia española, argumentando que el principio de buena fe y la prohibición del abuso de derecho pueden imponer ciertos límites a la exigibilidad del cumplimiento por parte del acreedor en atención a las circunstancias, ha llegado a reconducir al ámbito de la imposibilidad sobrevenida los supuestos de la llamada “dificultad extraordinaria o exorbitante”, es decir “*aquella que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos*”; en tal caso, se dice, el incumplimiento no será imputable al deudor, y este quedará liberado de su obligación, si procedió conforme a la diligencia que las circunstancias requerían, con arreglo al art. 1104<sup>52</sup>. Más allá de los límites señalados, cuando el cumplimiento del contrato en sus propios términos sea todavía posible, pero resulte excesivamente gravoso para una de las partes, podrá recurrirse, en su caso, a la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus* por cambio sobrevenido de las circunstancias<sup>53</sup>; doctrina que, por otra parte, y a diferencia de lo que sucede con el

---

*la entrega es requisito accidental constitutivo de simple demora amparada con efectos liberatorios por la fuerza mayor, y no entra en juego como elemento esencial y determinante del contrato, como entraría en obligaciones a fecha fija, en las que la prestación a destiempo contraría sustancialmente el fin perseguido y anula o resuelve la obligación en cuanto a su cumplimiento ‘in natura’*”. En las SSTs (Contencioso-Administrativo) de 28 febrero 1951 (RJ 554) y 26 junio 1954 (RJ 2372) llegó a admitirse la extinción por imposibilidad sobrevenida debida a fuerza mayor de determinadas obligaciones genéricas, cuyo cumplimiento se había visto impedido por la guerra civil (incautaciones de una partida de trigo en la guerra civil).

<sup>48</sup> V., p. ej., STS de 12 marzo 1994 (RJ 1742), relativa a una obligación de rendir cuentas cuyo cumplimiento se había hecho parcialmente (pero no totalmente) imposible como consecuencia del fallecimiento del administrador, lo que permite entender que la obligación subsistía, aunque modificada, a cargo de sus herederos.

<sup>49</sup> Sobre el tema, v. CARRASCO, *Derecho de contratos...*, cit., pp. 957 y 961 que cita como ejemplo los deberes de salvamento y asistencia al viajero que se imponen al transportista y al organizador de viajes combinados en los arts. 657 Ccom. y 161.2 y 162.2 TRLGDCU. En el propio CC, v., p. ej., art. 798, relativo al cumplimiento por analogía del modo testamentario.

<sup>50</sup> CARRASCO, *Derecho de contratos...*, cit., p. 960. La STS de 30 abril 2002 (RJ 4041), citando las de 22 febrero 1979 (RJ 523) y 11 noviembre 1987 (RJ 8372), dispone que “*no cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida*”.

<sup>51</sup> SSTs de 17 mayo 1957 (RJ 2164), 6 abril 1979 (RJ 1272), 11 noviembre 1995 (RJ 8119), y 28 noviembre 1997 (RJ 8431).

<sup>52</sup> P. ej., SSTs de 9 noviembre 1949 (RJ 1245), 30 septiembre 1983 (RJ 4688), 6 mayo 1994, (RJ 3888) y 21 abril 2006 (RJ 1875).

<sup>53</sup> La oportunidad de reconducir al ámbito de la imposibilidad sobrevenida o del caso fortuito liberatorio supuestos como los señalados ha sido cuestionada por diferentes autores, que consideran más adecuado recurrir a otros expedientes. Así, p. ej., CARRASCO (en *Derecho de contratos...*, cit., p. 947) afirma que no hay caso fortuito, pero sí liberación del deudor cuando la pretensión de cumplimiento del acreedor implica un abuso de derecho subjetivo, lo que sucede cuando, por circunstancias sobrevenidas, el coste de cumplimiento para el deudor deviene exorbitante, o la utilidad de cumplimiento para el acreedor se reduce sustancialmente; y tampoco cuando, por circunstancias sobrevenidas y no buscadas por el deudor, el deber de cumplimiento deviene inexigible porque ello supondría poner en peligro derechos, intereses o valores superiores. Para MARÍN LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 8.707-8.708), la dificultad en el cumplimiento o la superveniencia de circunstancias que agravan considerablemente el coste de cumplimiento no son casos de imposibilidad sobrevenida liberatoria, a menos que para vencerlas el deudor haya de realizar una actividad ilícita, o sacrificar su integridad personal u otros atributos de la personalidad; al margen de estos casos, el deudor solo podrá obtener la modificación del contrato o su resolución acudiendo a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Para GÓMEZ LIGÜERRE (*op. cit.*, p. 6), “el requisito de la culpa ha llevado a nuestros jueces y tribunales a ampliar los ámbitos de lo imposible y de lo inevitable, que con demasiada frecuencia han sido aplicados a circunstancias de imposibilidad o dificultad relativas o meramente subjetivas. Algo que se aleja de, al menos, el tenor literal de los preceptos referidos”. El mismo autor advierte (*op. cit.*, pp. 9-10) sobre el problema que puede plantear la aplicación del régimen de la imposibilidad liberatoria o exoneratoria a supuestos que son más bien de excesiva onerosidad sobrevenida, en la medida en que ello puede dificultar la subsistencia de las relaciones contractuales. Por su parte, DE PABLO (*op. cit.*, p. 178) considera que, sin perjuicio de que el deudor pueda acudir a otras soluciones en caso de que la prestación se haga muy gravosa para él, la dificultad para cumplir, por grande que esta sea, no implica imposibilidad ni, por tanto, extingue la obligación; aunque, llegado el caso, sí podría justificar la exoneración de responsabilidad del deudor diligente conforme a los arts. 1104 y 1105.

régimen de la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito, sí podría llegar a ser aplicable a las obligaciones pecuniarias<sup>54</sup>.

27. Se confirma, por tanto, que en el sistema español las nociones de fuerza mayor o caso fortuito no siempre aparecen estrictamente vinculadas a la imposibilidad sobrevenida de la obligación, sino que pueden extender su eficacia exoneratoria a aquellos casos en que el cumplimiento, siendo todavía posible, se vea impedido, retrasado o dificultado por una causa sobrevenida no imputable al deudor. A los efectos que ahora interesan, por consiguiente, tanto la propia enfermedad, como las medidas adoptadas para combatirla, o, en su caso, las consecuencias económicas derivadas, podrán ser consideradas, según los casos, como eventos de fuerza mayor susceptibles de exonerar de responsabilidad al deudor ante la falta de un cumplimiento exacto, o incluso de liberarle total o parcialmente, y temporal o definitivamente, de su obligación, sin necesidad de que pueda apreciarse una imposibilidad absoluta para cumplir, siempre que, a tenor de las circunstancias del caso concreto, concurren los demás requisitos legalmente exigidos<sup>55</sup>.

## 2. El régimen de la imposibilidad originaria de la prestación en los Principios y en el CC.

28. Aunque la *Nota* no se refiere a esta cuestión, interesa destacar que, en el sistema de los Principios, la imposibilidad originaria de la prestación no se configura como una posible causa de nulidad del contrato: según el art. 3.1.3 (1), “no afectará a la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída”. En el *Comentario*<sup>56</sup> se explica que se trata de una decisión conscientemente orientada a apartarse de la opción por la nulidad contractual acogida por numerosos sistemas jurídicos, siguiendo la tendencia más moderna a equiparar los efectos de la imposibilidad originaria con los de la imposibilidad sobrevenida, es decir, aplicando en tales supuestos el régimen del incumplimiento, lo que permitiría tener en cuenta, p. ej., el hecho de que la imposibilidad de cumplir fuera conocida por alguna de las partes en el momento de la celebración del contrato. Se señala también que, con esta solución, se despejan las dudas sobre la validez del contrato que tenga por objeto la entrega de cosas futuras; y se advierte que, en el caso de que la imposibilidad originaria sea consecuencia de una prohibición legal (p. ej., una prohibición de exportación o importación), “la validez del contrato dependerá de si, conforme al derecho bajo el cual se ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato”.

29. En el CC la imposibilidad originaria de la prestación se configura, en principio, y conforme a la concepción tradicional, como una circunstancia que impide el nacimiento de la obligación y da lugar a la nulidad del contrato (cfr. art. 1272<sup>57</sup> en conexión con el 1261, en el que se incluye el “objeto cierto que sea materia del contrato” entre los requisitos esenciales para la existencia y validez del contrato; v. también art. 1460.1)<sup>58</sup>. A estos efectos, se considera indiferente que la imposibilidad originaria sea de hecho o de derecho (p. ej., existencia de una prohibición legal), aunque en este segundo caso puede plantearse también un problema de ilicitud de la prestación, igualmente determinante de la nulidad del contrato (art. 1271)<sup>59</sup>.

30. La aplicación de la distinción entre imposibilidad originaria y sobrevenida en el contexto de la crisis generada por el coronavirus podría resultar relevante en función de que la circunstancia impeditiva del cumplimiento (p. ej., la concreta medida que impide el cumplimiento) se diera ya en el

<sup>54</sup> STS de 19 mayo 2015 (RJ 3118).

<sup>55</sup> V. *infra*, II.3 y 4.

<sup>56</sup> *Comentario*, cit., pp. 97-98.

<sup>57</sup> Art. 1272: “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”.

<sup>58</sup> En la jurisprudencia, v. STS de 3 abril 2009 (RJ 1755) y las que en ella se citan.

<sup>59</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “Artículos 1271 y 1272”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9.137.

momento de celebrarse el contrato, o hubiera sobrevenido con posterioridad a este. La cuestión no se planteará, lógicamente, respecto a los contratos celebrados antes de que se declarase la pandemia y se adoptasen las medidas correspondientes; pero sí podría suscitarse respecto a los contratos celebrados con posterioridad a ese momento.

**31.** Lo cierto, sin embargo, es que las diferencias teóricas entre el planteamiento del CC y el de los *Principios* en este punto se han visto en buena medida superadas en los análisis doctrinales y en la práctica jurisprudencial por una más correcta interpretación de las normas y de los remedios ofrecidos por estas. Ninguna duda plantea, obviamente, la validez del contrato que tenga por objeto cosas futuras (reconocida expresamente por el art. 1271.1), incluyendo, p. ej., aquellas que hayan de ser fabricadas o producidas por una de las partes. Tampoco se discute en el sistema español la validez del contrato por el que un sujeto se compromete a transmitir un bien o un derecho respecto del cual carece, al tiempo de la celebración del contrato, de la titularidad o de la facultad de disposición (lo que coincide con lo previsto en el art. 3.1.3 (2) de los Principios), por lo que, en su caso, lo procedente será aplicar el régimen del incumplimiento<sup>60</sup>. Naturalmente, no tiene por qué afectar a la validez del contrato el hecho de que al tiempo de su celebración el deudor esté imposibilitado para realizar personalmente la prestación cuando, teniendo en cuenta la propia naturaleza de esta, quepa la posibilidad de recurrir al cumplimiento por tercero (p. ej., cuando alguien se obliga a proporcionar al acreedor una cosa ajena o a realizar un servicio no personalísimo); en tales supuestos, solo cabría hablar de una imposibilidad relativa, no impeditiva *a priori* del cumplimiento de la obligación, por lo que carecería de sentido aplicar el régimen de la invalidez y no el del incumplimiento. En ciertos supuestos de imposibilidad originaria pero meramente parcial, la propia ley reconoce al acreedor la posibilidad de aceptar la subsistencia parcial de la obligación, en su caso con una reducción proporcional de la contraprestación pactada (arts. 1460<sup>61</sup>, 1469, 1471, a propósito de la compraventa). Tampoco hay motivos para excluir la validez de aquellos contratos que recaigan sobre prestaciones imposibles al tiempo de su celebración, cuando las partes, conociendo tal circunstancia, hayan previsto la eventualidad de que lleguen a ser posibles en un momento posterior (p. ej., mediante la inserción en el contrato, incluso de forma implícita, de la correspondiente condición); cuando una de las partes hubiera garantizado a la otra la posibilidad de cubrir determinadas expectativas que luego resultan defraudadas por circunstancias ya existentes al tiempo de contratar<sup>62</sup>; o cuando el deudor, simplemente, se compromete a ejecutar una prestación siendo (o debiendo ser) consciente ya en el momento de la celebración del contrato de que dicha prestación era de imposible realización<sup>63</sup>.

**32.** Es también un hecho constatado que, en aquellos supuestos en que la imposibilidad originaria de la prestación ha sido ocultada de forma dolosa o negligente por una de las partes, los tribunales tienden a admitir la posibilidad de que la otra pueda optar entre el ejercicio de las acciones derivadas de la existencia de un vicio del consentimiento (incluyendo la de anulación y la de indemnización de daños), o las derivadas del incumplimiento contractual (incluyendo la de resolución y, también en este

---

<sup>60</sup> En esta línea, v., p. ej., STS de 19 junio 2014 (RJ 3778), en la que se aprecia incumplimiento en un caso en que se vende como libre de cargas una finca previamente gravada con un embargo que la vendedora no estaba en condiciones de levantar, ya que se estima que hubo culpa en la propia vendedora, lo que excluiría la aplicabilidad del régimen de la imposibilidad sobrevenida.

<sup>61</sup> Art. 1460: “*Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido*”.

<sup>62</sup> V., en este sentido, la STS de 30 diciembre 2009 (RJ 2010/409), que rechaza la posibilidad de apreciar caso fortuito o imposibilidad liberatoria de cumplimiento (por falta de obtención de las licencias necesarias) en un supuesto en que la promotora demandada conocía, al tiempo de celebrarse el contrato, que concurrían circunstancias que, “*con un alto porcentaje de probabilidad, le iban a impedir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que ocultó a los compradores mediante una actuación calificada de dolosa que se extiende al momento de la ejecución de tales obligaciones y de su eventual imposibilidad, siendo así que el art. 1107 del CC dispone, en su párrafo segundo, que en caso de dolo responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*”.

<sup>63</sup> MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.704; y GARCÍA VICENTE, *op. cit.*, p. 9.138, para quien “parece ser un lugar común desechar la alegación de imposibilidad originaria en aquellos casos en que de un modo u otro le resulta imputable tal imposibilidad a la parte que promete”.

caso, la de indemnización de daños), siempre que se den sus respectivos requisitos<sup>64</sup>. En ciertos casos, incluso, la jurisprudencia ha optado por aplicar soluciones propias de la imposibilidad sobrevenida no imputable (como la resolución contractual), recurriendo a la noción de “imposibilidad económica”, en hipótesis que quizás podrían haberse reconducido también al ámbito del error o al de la nulidad por imposibilidad originaria<sup>65</sup>.

33. La conclusión es, por tanto, que, si bien el planteamiento literal del CC en este punto puede resultar ciertamente desfasado, en la práctica se han buscado soluciones alternativas más adecuadas para resolver muchos de los conflictos típicos que pueden derivarse de la imposibilidad originaria de las prestaciones, difuminándose así en buena medida la necesidad de establecer una distinción nítida entre estos supuestos y los de imposibilidad sobrevenida<sup>66</sup>. El recurso a la nulidad absoluta por falta de objeto (compatible, en su caso, con el ejercicio de las acciones fundadas en la responsabilidad precontractual de la parte concedora de tal circunstancia) podría quedar así limitado a los supuestos de imposibilidad originaria absoluta, objetiva, definitiva y total, de tal manera que el propio contrato sea radicalmente inhábil para cumplir ninguna finalidad protegible; y también a aquellos otros en que la imposibilidad de la prestación por contravenir la ley o las buenas costumbres (art. 1271.3 CC) sea reconducible al ámbito de la ilicitud (art. 6.3), conforme a la salvedad que, como vimos, también cabe hacer respecto a los *Principios*.

### 3. Los requisitos de la fuerza mayor en los Principios y en el Código Civil: eventos ajenos al control del deudor; imprevisibilidad; inevitabilidad; razonabilidad.

34. Conforme al art. 7.1.7 (1) de los Principios, el deudor se exonera de las consecuencias del incumplimiento siempre que pruebe que la falta de cumplimiento se debe a un impedimento que: a) escapaba a su control; b) no podía razonablemente haber sido previsto por el deudor en el momento de la celebración del contrato; o c) no cabía razonablemente esperar que el deudor lo evitara o superara, ni que evitara o superara sus consecuencias<sup>67</sup>. Se trata de requisitos que deben concurrir de forma acumulativa, y no alternativa: no hay fuerza mayor exoneratoria cuando el impedimento se produce en la esfera de control del deudor, cuando, aun escapando a su control, cabía esperar que lo superara, o cuando, aun siendo insuperable, debía haberlo previsto al tiempo de contratar.

35. La imprevisibilidad y/o la inevitabilidad (cuya concurrencia tiende a exigirse también con carácter cumulativo<sup>68</sup>) son también los rasgos esenciales que caracterizan al caso fortuito en el sistema

<sup>64</sup> V. al respecto, con más detalle y cita de jurisprudencia, CARRASCO, *Derecho de contratos...*, cit., pp. 355 y 356.

<sup>65</sup> V. la ya citada STS de 20 abril 1994 (RJ 3216).

<sup>66</sup> V., al respecto, el detenido estudio de FENOY PICÓN, N., “La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos”. en *ADC*, t. LXX, 2017, fasc.2, pp. 473 a 785.; en sus conclusiones (p. 775), considera adecuada la tendencia normativa (reflejada en numerosos cuerpos legales y prelegislativos, entre los que cita los Principios de Unidroit, pero también, en el ámbito español, la Propuesta de Modernización del CC en materia de obligaciones y contratos de la CGC -art. 1303- y la Propuesta de CC de la APDC) a desvincular los supuestos de imposibilidad inicial de la nulidad absoluta para reconducirlos, según los casos, al régimen del error, del dolo o del incumplimiento. En un sentido similar, v. también RIBOT IGUALADA, J., “La imposibilidad originaria del objeto contractual”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3 (julio-septiembre 2015), pp. 1 a 66, especialmente pp. 55 y ss.

<sup>67</sup> Nota, cit., aps. 18 y ss.

<sup>68</sup> Como señala GIL RODRÍGUEZ (*op. cit.*, p. 302), “puede considerarse mayoritaria la opinión de que el art. 1105 no contiene dos definiciones (suceso *imprevisible* frente a suceso *inevitable*), sino un *concepto único* del supuesto de hecho inimputable al deudor que se integra con la *doble exigencia* de imprevisibilidad e inevitabilidad”. Es también el planteamiento defendido por PANTALEÓN (con apoyo, precisamente, en la noción de caso fortuito que maneja el art. 79 de la Convención de Viena, precedente del art. 7.1.7 de los Principios; “El sistema...”, cit., p. 1.060); según este autor (pp. 1.064 y ss.), la exoneración del deudor que lo sea por contrato, conforme al art. 1105 CC, supone la concurrencia de tres requisitos: a) que la falta de cumplimiento haya sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor (y de sus auxiliares en el cumplimiento); b) que se trate de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar (ya que los sucesos previsible constituirían un riesgo implícitamente asumido por el deudor); y c) que se trate de un impedimento inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia debida.

español, y a ambos alude directamente el art. 1105 CC, cuando establece que, “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. El precepto no exige expresamente que se trate de un suceso que escapa al control del deudor, ni tampoco alude a la “razonabilidad” como criterio que ha de servir de referencia para determinar, en cada caso concreto, la concurrencia o no de los otros requisitos; sin embargo, tales omisiones pueden ser superadas sin excesiva dificultad mediante una interpretación sistemática basada en el contexto normativo.

**36.** En efecto, aunque el CC no contiene ninguna formulación general y expresa al respecto (más allá de criterios generales, como el que se deduce del art. 1104 a propósito de la diligencia exigible al deudor, o del art. 1258, que alude a la buena fe, al uso y a la ley como instrumentos de integración del contrato), también predomina en la doctrina y la jurisprudencia españolas la idea de que, a falta de pacto específico, en el ámbito de la responsabilidad contractual solo pueden considerarse como supuestos de caso fortuito exoneratorio y/o liberatorio aquellos acontecimientos o sucesos impositivos respecto al cumplimiento de la obligación que escapan al control del deudor o que, directamente, se producen fuera de su esfera de control<sup>69</sup>. Se entiende, en efecto, que el criterio más razonable para distribuir entre las partes el riesgo de aquellos sucesos que puedan obstaculizar el exacto cumplimiento del programa contractual ha de ser el de imputar a cada una de ellas aquellos impedimentos que puedan surgir en sus respectivos ámbitos de control<sup>70</sup>, ya que, en principio, será la parte en cuestión la que estará en mejores condiciones para prevenir el suceso y/o evitar su negativa incidencia sobre el cumplimiento, y también para probar, llegado el caso, las circunstancias del mismo<sup>71</sup>.

**37.** Y, por la misma razón, debe excluirse, o al menos limitarse, como regla, la responsabilidad del deudor cuando el incumplimiento se haya debido a un impedimento surgido en la esfera de control del acreedor (incluyendo los actos de las personas de las que este debe responder), con independencia de que dicho impedimento (ya se trate de falta de cooperación con el cumplimiento del deudor, incumplimiento del deber de mitigar los daños, inobservancia de las instrucciones recibidas<sup>72</sup>, etc.) fuera imprevisible o inevitable para el deudor; es decir, con independencia de que dicha intervención pueda ser

<sup>69</sup> STS de 24 octubre 2016 (RJ 4970): “Tampoco puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 CC) un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor”. STS de 5 noviembre 2012 (RJ 2013/4): “El vendedor no puede escudarse en el incumplimiento de la contrata respecto a él, porque le es imputable frente al comprador por haberla elegido, es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales sujetas a su control, no externo, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)”. En igual sentido, STS de 11 mayo 2016 (RJ 3683), respecto a la improcedencia de considerar como supuesto de fuerza mayor, susceptible de justificar el retraso en el cumplimiento por la promotora de la obligación de entrega, las dificultades económicas de la empresa constructora, que condujeron a su declaración de concurso y obligaron a la promotora a asumir por sí misma la construcción. V. también STS de 18 julio 2013 (RJ 5532). En la doctrina, v. PANTALEÓN, “El sistema...”, cit., pp. 1.064 a 1.067; y ASÚA, *op. cit.*, p. 8.101.

<sup>70</sup> V., p. ej., STS de 3 abril 2009 (RJ 1755).

<sup>71</sup> PANTALEÓN, “El sistema...”, cit., pp. 1.067-1.068. Apunta CARRASCO (*Derecho de contratos...*, cit., p. 952): “Las dificultades de probar que en el interior del propio sistema de control se ha producido una contingencia imprevisible o irresistible conducen a que se acabe negando la condición de caso fortuito a dicha contingencia. (...) Lo que empieza siendo una constancia estadística provocada por el rigor de la carga de la prueba, acaba convirtiéndose en una regla de derecho por la que se imputa al deudor como riesgo propio la producción de contingencias adversas que tengan lugar en el sistema posesorio o productivo sobre el que aquél ejerce un control efectivo. El riesgo de empresa no es caso fortuito”. Por esa razón, señala el mismo autor (en pp. 964-965) que las disfunciones, defectos y averías en el sistema productivo del deudor nunca constituyen casos fortuitos, sino riesgos naturales del propio sistema. Una de las manifestaciones más claras de este planteamiento en el propio CC es, probablemente, el art. 1784, que, al regular el tradicional régimen de responsabilidad del hostelero por los efectos introducidos por los clientes en su establecimiento, imputa a aquel los daños causados por sus dependientes o por extraños, “pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor”. Aunque tradicionalmente se ha considerado como un régimen especial de responsabilidad, no han faltado opiniones autorizadas (como la de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 510-511; y, más recientemente, ASÚA, *op. cit.*, p. 8.101) que han explicado convincentemente el art. 1784 como una aplicación del régimen general de responsabilidad contractual en el Código Civil, y no como una excepción a ese régimen. Sobre esta norma, v. también CARRASCO (*Derecho de contratos...*, cit., p. 969), que le atribuye un valor presuntivo respecto a la consideración o no como caso fortuito de ciertos tipos de intervención de terceros.

<sup>72</sup> Cfr. art. 1783 CC, también relativo a la responsabilidad de los hosteleros por los efectos de los viajeros.

calificada como fuerza mayor, y al margen de que la misma tenga o no un carácter doloso o negligente. Este es también el planteamiento de los *Principios*, que dedican a este supuesto un tratamiento específico en el art. 7.1.2, cuando establece: “(Interferencia de la otra parte) Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

**38.** La imprevisibilidad e inevitabilidad del suceso (extraño al ámbito de control de las partes) alegado como constitutivo de fuerza mayor no deben ser valoradas en términos absolutos, sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto conforme a un criterio de razonabilidad. La noción de “razonabilidad”, utilizada por los *Principios* a propósito de esta y de muchas otras cuestiones, no cuenta con ninguna definición en el propio instrumento, aunque, como reconoce la *Nota*<sup>73</sup>, se podría describir en términos similares a los que maneja el art. 1:302 de los Principios sobre Derecho Europeo de Contratos: “A los efectos de estos Principios la razonabilidad debe ser juzgada teniendo en cuenta lo que personas que actúen de buena fe y en la misma situación que las partes considerarían como razonable. En particular, al valorar qué es razonable debe tenerse en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas del sector comercial o profesional implicado”. Más allá de la mayor o menor “modernidad” o “arcaicismo” del lenguaje utilizado en uno y otro instrumento, se trata de un planteamiento en esencia coincidente con el que se deriva del CC, ya que, según ha establecido reiteradamente la jurisprudencia<sup>74</sup>, la determinación de lo que ha de considerarse como imprevisible o inevitable a efectos del art. 1105 debe hacerse teniendo en cuenta el nivel de diligencia exigible al deudor en cada caso concreto conforme a los criterios generales del art. 1104, cuando señala: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”<sup>75</sup>. Se trata de una idea próxima a la que subyace al art. 1182, cuando supedita el efecto extintivo y liberatorio de la pérdida o destrucción de la cosa debida al hecho de que no exista culpa del deudor, lo que ha servido de base a la jurisprudencia para afirmar, con carácter general, que la ausencia de culpa del deudor es un requisito para la extinción de las obligaciones por imposibilidad sobrevenida de la prestación<sup>76</sup>.

**39.** Precisamente, el carácter relativo de los conceptos de previsibilidad y evitabilidad del evento impeditivo, o de la propia noción de “esfera de control”, en la medida en que se vinculan a la diligencia exigible al deudor (o a la razonabilidad, según la terminología utilizada por los Principios) en función

<sup>73</sup> *Nota*, cit., ap. 17.

<sup>74</sup> V. p. ej., SSTS de 26 abril 2013 (RJ 3267), 17 abril 2013 (RJ 2600), 28 junio 2012 (RJ 8353), 15 julio 2010 (RJ 6049), 30 julio 2008 (RJ 4640), 28 abril 2008 (RJ 2681), 20 diciembre 2006 (RJ 2007/388), 9 junio 2005 (RJ 4431) y 28 noviembre 2000 (RJ 9303). En la doctrina, v., por todos, GIL RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 302.

<sup>75</sup> La relación entre la imprevisibilidad y/o inevitabilidad del caso fortuito y la diligencia o culpa del deudor se refleja, p. ej., en la STS de 20 diciembre 1985 (RJ 6695), cuando señala: “La posibilidad de prever eventos dañinos o perjudiciales depende de las circunstancias de cada caso concreto, sin que, en términos generales, sea exigible una previsibilidad que exceda de la que pueda esperarse de una persona prudente respecto a los riesgos del normal discurrir de la vida, y la evitabilidad o inevitabilidad del resultado, o posibilidad o imposibilidad de impedir las consecuencias del suceso dañino debe ponerse en relación con el grado de diligencia que deba prestarse según el tenor de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. En la misma línea, v., p. ej., SSTS de 27 junio 1986 (RJ 4401), 10 julio 2003 (RJ 4622), 2 enero 2006 (RJ 129), 23 mayo 2008 (RJ 3171), 21 abril 2006 (RJ 1875) y las que en ellas se citan.

<sup>76</sup> V. SSTS de 3 abril 2009 (RJ 1755), 30 noviembre 2006 (RJ 2007/47), 30 abril 2002 (RJ 4041), con cita de otras; y SSTS de 2 enero 1976 (RJ 22), 5 mayo 1986 (RJ 2339), 15 febrero 1994 (RJ 1316), 30 mayo 1994 (RJ 3763), 22 diciembre 2000 (RJ 10404) y 21 abril 2006 (RJ 1875). Apunta CARRASCO (*Derecho de contratos...*, cit., p. 962), a propósito de la posible equivalencia entre caso fortuito y ausencia de culpa (o diligencia) del deudor, que tradicionalmente se ha tendido a vincular la exoneración de responsabilidad con esta última, mientras que la imposibilidad sobrevenida liberatoria exigiría el caso fortuito en sentido estricto. El propio autor observa, sin embargo, que en la práctica jurisprudencial se tiende a manejar indistintamente ambas nociones, y que, desde el punto de vista de la facilidad probatoria, resulta en general más razonable exigir la prueba -positiva- del caso fortuito que la prueba -negativa- de la ausencia de culpa del deudor. La distinción entre la noción de culpa-negligencia que se maneja en materia de responsabilidad contractual (entendida como falta de la diligencia debida conforme al art. 1104) y en materia de imposibilidad sobrevenida (entendida como hecho propio o materialmente imputable al deudor; arts. 1182 y ss.) ha sido desarrollada por BADOSA (*op. cit.*, p. 258), y seguida por DE PABLO CONTRERAS (*op. cit.*, pp. 179-180).

de las circunstancias del caso concreto, determinan que, en los dos ámbitos regulatorios, no sea posible establecer, *a priori*, si un determinado tipo de suceso deberá ser calificado o no como fuerza mayor o caso fortuito<sup>77</sup>. Dicho de otra manera, no es posible formular una lista de acontecimientos que, *per se*, deban ser considerados como constitutivos de fuerza mayor a los efectos que ahora interesan<sup>78</sup>. Es cierto que, tanto en los textos legales, como en la doctrina, en la jurisprudencia, y en los modelos contractuales habitualmente usados en determinados sectores del comercio (p. ej., en el sector de los seguros), se suele aludir a ciertos eventos como ejemplos de fuerza mayor, atendiendo a su carácter típicamente extraordinario, inhabitual, o irresistible: entre otros, se suelen mencionar acontecimientos tales como incendios, guerras, motines, disturbios, pestes o epidemias, inundaciones, explosiones, plagas, terremotos y otros desastres naturales, huelgas generales, etc.<sup>79</sup>; pero también se incluyen habitualmente los actos de la autoridad pública que impidan el cumplimiento, bien de forma directa (p. ej., requisita o expropiación, prohibición de exportar ciertos bienes o de realizar determinadas actividades) o indirecta (p. ej., cierre de fronteras, prohibición de desplazamiento al lugar donde deben prestarse los servicios), tradicionalmente englobados bajo la denominación *factum principis*, así como la intervención de terceros (que no sean dependientes o auxiliares del propio deudor), salvo que la misma fuera previsible o evitable, teniendo en cuenta el ámbito de control que corresponde al deudor (cfr., p. ej., el art. 1784 CC, respecto al robo a mano armada)<sup>80</sup>. Es evidente, no obstante, que incluso en el caso de sucesos como los indicados habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para valorar, teniendo en cuenta el nivel de diligencia exigible al deudor, si los mismos no podían vincularse de ninguna manera con su esfera de control, si no debían considerarse razonablemente previsibles al tiempo de contratar<sup>81</sup>, o si, en cualquier caso, no le era posible (o exigible) evitar o superar su incidencia impeditiva sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> En palabras de E. LLAMAS POMBO (“Artículo 1105”, en PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Comares, Granada, 2009, p. 1.894), “la apreciación de la existencia del caso fortuito no se trata de una cuestión de mayor o menor probabilidad estadística de producción de un suceso, sino de que el deudor, mediante el despliegue de una conducta diligente, pudiera contar con la posible ocurrencia de tal suceso”. En una línea similar, ASÚA, *op. cit.*, pp. 8.095-8.906; y MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 8.704 y 8.709.

<sup>78</sup> CARRASCO, *Derecho de contratos...*, cit., p. 949; GIL RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 303. Las SSTs de 19 diciembre 2014 (RJ 6624 y 6625) y 22 diciembre 2014 (RJ 6406) niegan que la crisis inmobiliaria y financiera desencadenada a partir de 2008 pueda ser considerada, en abstracto, como un supuesto de fuerza mayor justificativo del retraso en la entrega de la obra, ya que los problemas de financiación que afectaron, concretamente, a la promotora incumplidora obedecían a circunstancias que se daban en el ámbito propio del negocio emprendido y no eran totalmente imprevisibles para aquella. También se ha rechazado la consideración como supuestos de caso fortuito, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, acontecimientos tales como los conflictos laborales (STS de 14 marzo 2001, RJ 5977), los fenómenos meteorológicos adversos (SSTS de 1 diciembre 2000, RJ 9321, 15 marzo 2001, RJ 5979, y 12 septiembre 2002, RJ 8555), o los atentados terroristas (SSTS de 11 octubre 2005, RJ 8769, y 2 febrero 2006, RJ 2694, que descartan la imprevisibilidad de los ataques terroristas que provocaron graves lesiones, e incluso la muerte, a varios turistas, ya que previamente se habían producido otros ataques en el mismo país y en la misma zona, y las entidades organizadoras del viaje lo sabían).

<sup>79</sup> Un buen ejemplo lo encontramos en el vetusto art. 1575 CC, que cita como ejemplos de caso fortuito extraordinario (susceptible de fundamentar la rebaja de la renta, a instancias del arrendatario de finca rústica, cuando supongan la pérdida de más de la mitad de los frutos) “*el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacombrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever*”.

<sup>80</sup> V., p. ej., STS de 21 febrero 2011 (RJ 2364), que descarta la calificación como caso fortuito de la intrusión de terceros en el sistema de seguridad establecido, por tratarse de una circunstancia previsible. En cambio, sí se consideró exonerado al deudor en un caso de atraco a mano armada en la STS de 15 marzo 1990 (RJ 1696).

<sup>81</sup> Como advierte J.C. RIVERA (“Los contratos frente a la pandemia”, en ARCOS VALCÁRCCEL, S.S. y otros, *Covid-19 y Derecho. Contratos*, ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 7), en términos aplicables también a la fuerza mayor, “la teoría de la imprevisión considera como acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda con sentido absoluto, ya que conforme a la experiencia cualquier acontecer, aunque sea inesperado, puede ser conocido y eventualmente pensado”.

<sup>82</sup> La STS de 30 abril 2002 (RJ 4041) recuerda que la jurisprudencia exige, para apreciar imposibilidad liberatoria, que el deudor haya observado la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad (STS de 14 febrero 1994, RJ 1467), o agotando las posibilidades de cumplimiento (STS de 2 octubre 1970, RJ 4038); mientras que la STS de 3 abril 2009 (RJ 1755), citando otras anteriores, recuerda que no hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo de la voluntad del deudor. La propia sentencia advierte, no obstante, que “*el esfuerzo del deudor para cumplir, cuando la prestación no ha sido correctamente ejecutada en el tiempo convenido, no le exonera por sí mismo, ni menos equivale al cumplimiento. Se requiere el “caso fortuito” (artículo 1105 CC) que alguna jurisprudencia hace equivaler a la ausencia de culpa, pero siempre que la posibilidad de previsión se mida de acuerdo con los criterios de la diligencia exigible o prestable*”.

**40.** Dispone el art. 7.1.7 (2) de los Principios que, “*cuando el impedimento es solo temporal, la exoneración produce efectos durante un periodo razonable, teniendo en cuenta los efectos del impedimento sobre la ejecución del contrato*”. Aunque en el CC no existe una previsión paralela, en la doctrina y la jurisprudencia españolas se entiende habitualmente que, cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor tenga un carácter meramente temporal o transitorio, no se extinguirá la obligación, sino que solo se suspenderá su exigibilidad hasta que aquella desaparezca, siempre que ello siga respondiendo al interés del acreedor, aunque este deberá soportar las consecuencias del retraso<sup>83</sup>. La obligación se extinguirá, no obstante, cuando el cumplimiento tardío no pueda satisfacer el interés del acreedor (p. ej., en los supuestos de término esencial absoluto<sup>84</sup>), o cuando, siendo la prestación actualmente imposible, no pueda imponerse al acreedor, o al propio deudor, una espera indefinida, aun cuando se prevea la eventualidad de que llegue a ser posible<sup>85</sup>.

**41.** Al regular la suspensión consiguiente a los impedimentos meramente temporales, los Principios introducen un elemento adicional respecto al régimen del CC que resulta, sin duda, acertado: se trata de la previsión según la cual la exoneración de responsabilidad para el deudor se producirá “*durante un periodo razonable, teniendo en cuenta los efectos del impedimento sobre la ejecución del contrato*”; lo que significa que el tiempo extra con el que podrá contar el deudor para cumplir cuando se haya visto afectado por un impedimento temporal podrá tener una duración mayor o menor que la del propio impedimento, “*porque lo que importa es determinar el impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato*”<sup>86</sup>.

**42.** Conforme al art. 7.1.7 (1) de los Principios, corresponde al deudor la carga de la prueba sobre la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor impeditivo del cumplimiento y de los requisitos exigidos para atribuirle eficacia exoneratoria<sup>87</sup>. A la misma solución cabe llegar en el sistema del CC español: de acuerdo con las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba (cfr. art. 217 LEC, en especial su apartado 3), incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas aplicables, “*impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*”; lo que significa que, una vez probada por el acreedor demandante la existencia de la obligación reclamada, corresponderá al deudor demandado probar la concurrencia de los presupuestos de hecho que justifican la exoneración de responsabilidad o, en su caso, la extinción liberatoria de la obligación por imposibilidad sobrevenida no imputable: en definitiva, la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> STS de 13 junio 1944 (RJ 893), en la que se plantea el supuesto de un vendedor de aceite que se vio temporalmente imposibilitado de cumplir su obligación de entrega como consecuencia de la guerra civil española: “*La fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce, en principio, efectos extintivos por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, en atención a que el género no parece, pero produce, corrientemente, imposibilidad pasajera, con efectos meramente suspensivos, en aquellos casos en que al cesar la actuación de la fuerza mayor, revive la obligación contraída, si llena entonces la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato*”. V. también SSTS de 25 marzo 1947 (RJ 542), 3 marzo 1948 (RJ 286), 9 enero 1951 (RJ 581), 24 octubre 1953 (RJ 3122), 10 diciembre 1963 (RJ 5220), 13 marzo 1987 (RJ 1480), 30 abril 2002 (RJ 4041) y 21 abril 2006 (RJ 1875). Recuérdese también la jurisprudencia según la cual solo el retraso culpable implica mora e impone por tanto, al deudor, la obligación de indemnizar los daños (v. *supra*, n. 46).

<sup>84</sup> STS de 24 septiembre 1953 (RJ 2277).

<sup>85</sup> SSTS de 5 noviembre 1982 (RJ 6528) y 23 febrero 1994 (RJ 1995/683). En esta última se considera extinguida -y no meramente suspendida- por imposibilidad sobrevenida no imputable la obligación de construir y transmitir una nave industrial, por no haber obtenido la vendedora las licencias necesarias, con el siguiente razonamiento: “*Las circunstancias concurrentes quizá revelen la eventualidad de una futura posibilidad de que la vendedora diese cumplimiento a sus obligaciones contractuales, pero ello no elimina la certeza de la imposibilidad existente en el momento en que se instó la resolución, imposibilidad que, como se ha dicho, no es imputable a negligencia de aquélla, a quien no es procedente imponer un retraso indefinido en el cumplimiento de su prestación sin certeza alguna sobre que pudiera llevarse a efecto alguna vez, ya que, de lo contrario, quebraría el equilibrio contractual con evidente perjuicio para la vendedora*”.

<sup>86</sup> *Comentario*, cit., p. 241.

<sup>87</sup> *Nota*, cit., ap. 24.

<sup>88</sup> En este sentido, STS de 31 mayo 1985 (RJ 2835).

43. El mismo principio puede deducirse del art. 1183 CC, que, refiriéndose concretamente a las obligaciones de dar cosa determinada, establece que “*la culpa del deudor se presume, salvo prueba en contrario, cuando la cosa se perdió estando en su poder*”. Aunque en algún caso se ha afirmado<sup>89</sup> que el art. 1183, en cuanto se basa en la posesión de la cosa por el deudor<sup>90</sup>, es una norma específica que excluye la aplicación de las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba, lo cierto es que la misma es coherente con la norma general de atribución al deudor de la carga de la prueba sobre los hechos extintivos o impeditivos de su obligación<sup>91</sup>, y también, en la mayor parte de los casos, con el criterio de la mayor disponibilidad o facilidad probatoria que se deriva del art. 217.7 LEC; regla general que, por tanto, puede considerarse también aplicable a las obligaciones de hacer que tengan por objeto un resultado, cuando este no se obtenga<sup>92</sup>, y a las obligaciones de no hacer<sup>93</sup>. Respecto a las obligaciones de hacer que tienen por objeto la prestación de una actividad diligente (obligaciones de medios), se ha entendido con frecuencia, por el contrario, que se invierte la carga de la prueba, de tal manera que el deudor no responde a menos que el acreedor pruebe que aquel no desplegó la diligencia exigible<sup>94</sup>. Por nuestra parte, coincidimos con la idea de que la diferencia entre ambos tipos de obligaciones no debe situarse en las reglas de imputación de responsabilidad o exoneración ni en las relativas a la atribución de la carga de la prueba sobre el caso fortuito, sino en el distinto contenido de la prestación y, en consecuencia, en la determinación de cuándo hay cumplimiento y cuándo se produce el hecho material del incumplimiento, como presupuesto para la -posible- imputación de responsabilidad<sup>95</sup>. Planteamiento este que, por cierto, es más próximo al que acogen los Principios, cuyos arts. 5.1.4 y 5.1.5 se hacen eco de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, pero no la vinculan con el tema de la atribución de la carga de la prueba, sino con la determinación del contenido de las obligaciones contractualmente asumidas<sup>96</sup>.

44. La eficacia exoneratoria de la fuerza mayor en los Principios no conoce más excepciones que las que se deriven de los acuerdos alcanzados por los contratantes respecto a la asunción por una u otra parte del riesgo correspondiente. En este punto, la regulación del CC español (cfr. el propio art. 1105) resulta más circunstanciada, ya que, al margen de los casos en que la parte deudora haya asumido por pacto el riesgo de tales eventos (supuesto en el que se suele hablar de “obligación de garantía”), la ley también atribuye dicho riesgo al deudor en diferentes supuestos, normalmente vinculados con la observancia por su parte de un comportamiento ilícito anterior a la producción del evento que impide el incumplimiento<sup>97</sup>. Al margen de otros casos de menor relevancia<sup>98</sup>, el deudor responderá, aunque la imposibilidad de cumplimiento no le sea imputable, cuando se hallara previamente constituido en situación

<sup>89</sup> STS de 12 diciembre 1988 (RJ 9433).

<sup>90</sup> STS de 2 octubre 1995 (RJ 6977).

<sup>91</sup> En este sentido, SSTS de 24 mayo 1974 (RJ 2102), 28 enero 1998 (RJ 357), 15 marzo 2002 (RJ 2843). Sobre la presunción de culpa en los casos de incumplimiento, v. STS de 17 febrero 2005 (RJ 1679).

<sup>92</sup> SSTS de 22 abril 1997 (RJ 3249) y 28 junio 1999 (RJ 4894).

<sup>93</sup> GIL RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 305; DE PABLO, *op. cit.*, p. 179, con cita de la STS de 28 enero 1998 (RJ 357). Este último autor opina, no obstante (en p. 190) que lo que se presume en el art. 1183 es la “culpa-hecho propio”, que excluye la extinción liberatoria de la obligación, mientras que la “culpa-negligencia” del art. 1104, relevante a efectos indemnizatorios, habría de ser probada por el acreedor; aunque reconoce que la jurisprudencia tradicional ha atribuido un alcance más amplio a la presunción de culpa derivada del art. 1183.

<sup>94</sup> SSTS de 16 diciembre 1997 (RJ 8690), 19 febrero 1998 (RJ 634) y 13 abril 1999 (RJ 3583), para supuestos de responsabilidad médica; y SSTS de 23 mayo 2001 (RJ 3372), 30 diciembre 2002 (RJ 2003/333), 30 marzo 2006 (RJ 2029), y 28 junio 2012 (RJ 10403), para supuestos de responsabilidad del abogado. Para un contrato de servicios de vigilancia y seguridad, STS de 21 febrero 2011 (RJ 2364).

<sup>95</sup> V. al respecto las reflexiones de JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, en *ADC*, 1991, t. XLIV, pp. 5 a 96, especialmente p. 96, en sede de conclusiones.

<sup>96</sup> En esta línea, para el Derecho español, señala la STS de 26 abril 2013 (RJ 3267) que la obligación de resultado se diferencia de la de medios porque integra en el contenido de la prestación debida el resultado buscado por las partes; lo que no excluye que también en las obligaciones de resultado quepa la exoneración del deudor por caso fortuito o fuerza mayor conforme a los arts. 1105, 1182 y 1184.

<sup>97</sup> BADOSA, “Artículo 1105”, en *Comentario...*, cit., p. 44.

<sup>98</sup> Así, p. ej., se atribuye el riesgo del caso fortuito al deudor cuando se hubiera comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas (art. 1096.3), y cuando la obligación (de restituir) procediere de delito o falta, salvo que el acreedor hubiera incurrido a su vez en *mora creditoris* (art. 1185), o la pérdida se deba a culpa del propio acreedor.

de mora (arts. 1096.3 y 1182)<sup>99</sup>; si bien se entiende que la atribución de dicho riesgo cesará desde el momento en que el acreedor incurra en *mora creditoris*<sup>100</sup>, o en *mora debitoris* (en el caso de obligaciones sinalagmáticas), y también, según una opinión, cuando el deudor pruebe que la pérdida fortuita se habría producido igualmente aunque la cosa se hallase en poder del acreedor<sup>101</sup>.

#### 4. Los requisitos de la fuerza mayor exoneradora y/o liberatoria en el contexto de la crisis generada por el coronavirus

##### A) Las circunstancias del caso concreto

45. A la vista de las consideraciones generales expuestas en el apartado anterior, resulta evidente que la posibilidad de aplicar el régimen de la fuerza mayor o del caso fortuito a las relaciones contractuales directa o indirectamente afectadas por la crisis del coronavirus habrá de determinarse, no a partir de valoraciones de carácter general, sino a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. No cabe duda de que las características que presenta la pandemia del coronavirus (su extraordinaria capacidad de contagio, su alto nivel de letalidad, su rápida propagación a escala mundial..., en absoluto comparables con las epidemias conocidas, al menos en el último siglo) y, en consecuencia, las medidas adoptadas para combatirla (el elevado -e inusitado- nivel de restricción que suponen para la movilidad de las personas y para el desarrollo de múltiples actividades económicas y sociales, incluso a nivel internacional, la afectación general de la población...) pueden implicar, en muchos casos, una restricción especialmente intensa de la capacidad de los deudores para prever, evitar y superar los impedimentos derivados de ella y dar, por tanto, exacto cumplimiento a sus obligaciones<sup>102</sup>. Hay que insistir no obstante en que, por más que, en abstracto, la pandemia del coronavirus pueda considerarse como un acontecimiento imprevisible e inevitable, lo relevante, desde el punto de vista contractual, es valorar si se trata de un suceso imprevisible e inevitable para las partes en cada caso concreto<sup>103</sup>.

46. En el terreno probatorio, habrá que insistir igualmente en que ni la notoriedad de la pandemia, ni la publicidad de las medidas adoptadas, eximen al deudor que pretenda alegar la fuerza mayor de la carga de probar, en atención a las circunstancias del caso concreto, que tales sucesos escapaban por completo a su control, que eran imprevisibles para él, y que no le era posible (o exigible) evitar o superar sus consecuencias impeditivas sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Entre las circunstancias relevantes a estos efectos, habrá que considerar, especialmente, cuál sea el concreto impedimento alegado en cada caso (la propia enfermedad del deudor o de otros, las medidas generales o individuales de confinamiento o cuarentena impuestas, las medidas restrictivas de la actividad económica y social, las dificultades económicas derivadas de unas y otras...) <sup>104</sup>, las circunstancias de tiempo,

<sup>99</sup> SSTS de 2 octubre 1984 (RJ 4752), 15 diciembre 1987 (RJ 9434), 23 febrero 1994 (RJ 1995/683), 30 noviembre 2006 (2007/241) y STS de 3 abril 2009 (RJ 1755). A este supuesto podrían reconducirse determinados casos de atribución al deudor del riesgo del caso fortuito, en los que cabría entender que el deudor se halla automáticamente en situación de mora: v., p. ej., art. 1896 (cobro de lo indebido con mala fe); 457 (retraso de mala fe en la devolución de la cosa ajena poseída); y 1744 (retraso en la devolución o uso distinto al pactado en el comodato).

<sup>100</sup> MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.710; DE PABLO, *op. cit.*, p. 182.

<sup>101</sup> En este sentido, por aplicación analógica de lo previsto en el art. 1896.2 para el que recibe un pago indebido con mala fe, v. MARÍN LÓPEZ (*op. cit.*, p. 8.710), con cita de otros autores; advirtiendo, no obstante, que la cuestión ha sido discutida.

<sup>102</sup> Seguramente, una situación de pandemia como la que vivimos podría considerarse imprevisible, incluso, para aquellos contratantes que, consciente o inconscientemente, la habían previsto como posible supuesto de fuerza mayor en sus contratos, quizá como resultado de la utilización de formularios más o menos estereotipados. Lo cual no excluye que, en tales casos, haya que estar a lo pactado, tal como recuerda CARRASCO PERERA en "Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor", en *Publicaciones jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, abril 2020, p. 2: "Una cláusula de 'todos los riesgos' es, efectivamente, una cláusula de todos los riesgos".

<sup>103</sup> GREGORACI, *op. cit.*, pp. 459-460.

<sup>104</sup> Aunque la *Nota* (*op. cit.*, ap. 12), en aras de evitar una excesiva complejidad en el análisis, considera oportuno centrarse sobre la enfermedad en sí misma y sobre las medidas adoptadas para contenerla como posibles circunstancias impeditivas del cumplimiento de las obligaciones, a nuestro juicio no puede obviarse la trascendencia que, a estos efectos, habrá de asumir

lugar y sector económico implicado, el tipo de obligaciones asumidas (personalísimas o no personalísimas, de dar cosas específicas o genéricas, de hacer o no hacer, de dinero, etc.), la duración prevista de los contratos (que se trate de relaciones instantáneas, de cumplimiento diferido a corto plazo, de tracto continuado o sucesivo a medio o largo plazo...), las circunstancias personales de los sujetos implicados (su condición de empresarios, profesionales o consumidores), y, por supuesto, los pactos expresos o tácitos alcanzados por las partes.

## B) La esfera de control de las partes.

47. En una primera aproximación, habrá que convenir en que, en principio, tanto la enfermedad en sí misma considerada como las medidas adoptadas por las autoridades para combatirla deben considerarse como sucesos ajenos, por su propia naturaleza, a la esfera de control de ambas partes, ya que estas difícilmente podrían haber influido en el origen de ninguno de ellos<sup>105</sup>. Cabría matizar, no obstante, que, en la actual situación, lo que sí entra dentro de la esfera de control de cada una de las partes -ya se trate del deudor o del acreedor- es la adopción, dentro de sus respectivos ámbitos, de las medidas de control y precaución necesarias para hacer posible el cumplimiento de un determinado contrato, tanto desde el punto de vista estrictamente sanitario como desde el punto de vista del cumplimiento de las exigencias de seguridad impuestas por las autoridades<sup>106</sup>; y así, p. ej., ni la enfermedad ni las medidas de contención podrán servir de base para alegar el caso fortuito o la fuerza mayor cuando el incumplimiento del contrato tenga su causa inmediata en la no adopción por el deudor de las medidas o precauciones impuestas en cada caso por las autoridades (p. ej., sobre control de accesos, aforo, distancias de seguridad, medidas de higiene, etc.), sin perjuicio de que, en su caso, la necesidad de observar tales medidas pueda dar lugar a una modificación -justificada- de la prestación compatible, todavía, con el interés del acreedor (p. ej., alterando el tiempo o modalidad de prestación del servicio comprometido). Del mismo modo, no habrá lugar a exigir responsabilidad al deudor cuando su incumplimiento se deba a la inobservancia por parte del acreedor o de las personas que de él dependen de las medidas de seguridad o precaución exigibles para hacer posible el cumplimiento del contrato (p. ej., la observancia de los controles impuestos para acceder al local o al medio de transporte de que se trate), con independencia de que tal comportamiento pueda o no ser calificado en sí mismo como un supuesto de fuerza mayor por su carácter imprevisible y/o inevitable.

48. Como regla general no podrán considerarse como contingencias ajenas a la esfera de control del deudor -y, por tanto, no podrán calificarse como supuestos de fuerza mayor exoneratoria- las dificultades de cumplimiento relacionadas con su particular situación económica (problemas de liquidez, insolvencia, etc.)<sup>107</sup>. Eventualmente, sí cabría atribuir relevancia a los impedimentos para el cumplimiento

---

la crisis económica derivada de los factores apuntados. El precedente, todavía próximo, de la crisis financiera de 2008, es un claro ejemplo de que, precisamente, las dificultades económicas experimentadas por los ciudadanos, por las empresas, e incluso por las Administraciones Públicas, como consecuencia de una crisis global han sido, durante los últimos años, el detonante, en España, de un ingente número de pleitos relacionados, singularmente, con la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. V. *infra*, III.3.

<sup>105</sup> Advierte la *Nota* (ap. 18) que la exigencia de control se refiere tanto al impedimento en cuanto tal (p. ej., la pandemia o el confinamiento) como a su aptitud para afectar al cumplimiento en general, pero no se refiere a la situación subjetiva del deudor; y así, p. ej. -se señala-, probablemente no cabría alegar la excepción de fuerza mayor cuando el deudor persona física ha incumplido un contrato *intuitu personae* por haber contraído la enfermedad de forma voluntaria o imprudente; pero no porque se pudiera decir que su salud estaba “bajo su control”, sino más bien porque en tal caso se podría apreciar una actuación contraria a la buena fe y/o una incapacidad del deudor para superar las circunstancias.

<sup>106</sup> Hasta el punto de que la adopción de tales medidas podrá considerarse como un deber accesorio integrador de las respectivas obligaciones conforme al art. 1258 CC.

<sup>107</sup> SSTS de 19 diciembre 2014 (*RJ* 6624 y 6625) y 22 diciembre 2014 (*RJ* 6406). Excepcionalmente, la incidencia de este tipo de circunstancias sobre el cumplimiento de los contratos sí podrá ser tenida en cuenta por los tribunales por aplicación de normas específicas, como el art. 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que reconoce a los Jueces y Tribunales la posibilidad de modificar el contenido de los contratos “*con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios*”. Pero recuérdese que también el art. 1124.3 CC, en términos más generales, permite que, ante el ejercicio de la acción

que tengan su origen en circunstancias de alcance general relacionadas con la crisis económica derivada de la pandemia y de las medidas adoptadas para controlarla (p. ej., problemas generalizados relacionados con la restricción de las fuentes de financiación, el cierre de empresas, la suspensión o extinción de relaciones laborales, las dificultades para mantener las cadenas de distribución, la caída del consumo y la inversión, con la consiguiente restricción de la demanda, el encarecimiento de ciertos bienes y servicios, etc.). Aunque no cabe descartar que en ciertos casos tales circunstancias puedan justificar la aplicación del régimen de la fuerza mayor como fundamento de la exoneración o incluso de la liberación definitiva o temporal del deudor, con frecuencia este tipo de situaciones podrán reconducirse más bien a otros ámbitos, como el de la excesiva onerosidad sobrevenida, la desaparición de la base del negocio, u otros<sup>108</sup>.

### C) La previsibilidad

49. Son constitutivos de fuerza mayor exoneratoria aquellos sucesos imprevistos ajenos a la esfera de control del deudor que fueran razonablemente imprevisibles para él al tiempo de contratar, teniendo en cuenta el nivel de diligencia que le era exigible a tenor de las circunstancias; en cambio, aquellos que fueran razonablemente previsibles para el deudor deben considerarse, en principio, como riesgos implícitamente asumidos por él. A propósito de la previsibilidad -o no- de los impedimentos relacionados con la pandemia, la *Nota* centra su análisis en las coordenadas de tiempo y lugar<sup>109</sup>, considerando, por un lado, la fecha del contrato y el lugar de establecimiento de las partes en cada caso concreto, y, por otro, las diferentes fases de evolución de la pandemia en los distintos países y regiones; respecto a cada país en concreto, lo relevante sería, en este sentido, determinar el momento en que la situación alcanzó un cierto nivel de gravedad y atrajo suficientemente la atención del público de ese país, así como el tipo de medidas de control que se adoptaron y su calendario<sup>110</sup>. A nuestro juicio, a la hora de valorar la previsibilidad puede ser conveniente tener en cuenta ciertos factores adicionales, como el concreto sector económico afectado, la posible profesionalidad de las partes, o el hecho de que se trate de contratos de ejecución instantánea o llamados a producir sus efectos a corto, medio o largo plazo, ya que es evidente que estos últimos están expuestos en mayor medida a la eventualidad de verse afectados por sucesos inicialmente imprevisibles (o poco previsibles).

50. En lo que se refiere concretamente al factor temporal, se señalaba en la *Nota*<sup>111</sup> la necesidad de tener en cuenta si el contrato en cuestión se había celebrado (1) antes de que se informara sobre la aparición de los primeros casos de la enfermedad en China (31 de diciembre de 2019); (2) después de ese momento, pero antes de que la OMS declarara la situación de pandemia (11 de marzo de 2020); (3) durante el estado de emergencia en el país relevante; y (4) después de que el estado de emergencia terminara. Transcurridos varios meses desde la elaboración y publicación de la *Nota*, parece claro que los hitos temporales señalados habrán de ser revisados o actualizados a tenor de la posterior evolución de las circunstancias en cada zona geográfica.

51. En el caso de España, ya hemos señalado que el impacto inicial de la pandemia se produjo en un momento relativamente temprano, y su evolución fue muy rápida, pasando en pocas semanas de la aparición de los primeros casos aislados a una fase de contagio comunitario que obligó a las autoridades a adoptar medidas muy estrictas, todo ello con el conocimiento general de la sociedad española: como apuntábamos, la declaración del estado de alarma, que llevó consigo el confinamiento domiciliario obligatorio de la población en general, tuvo lugar el 14 de marzo, solo tres días después de que la OMS

---

resolutoria por incumplimiento, el tribunal considere que se dan causas justificadas para señalar al deudor un plazo adicional de cumplimiento.

<sup>108</sup> *Nota*, cit., ap. 15.

<sup>109</sup> *Nota*, cit., ap. 11.

<sup>110</sup> *Nota*, cit., aps. 19 y ss.

<sup>111</sup> *Nota*, cit., ap. 11.

declarase formalmente que el COVID-19 se había convertido en una pandemia. Habida cuenta de que en las fechas inmediatamente anteriores a la declaración de alarma, si bien la existencia del virus era de dominio público y había una preocupación generalizada entre la población española, también existía una gran incertidumbre sobre la gravedad, duración, y posibles consecuencias sociales y económicas de su expansión, parece razonable fijar en torno a las fechas señaladas (del 11 al 14 de marzo) el paso de una situación general de imprevisibilidad a otra de previsibilidad en cuanto a la consideración de la enfermedad y de las consiguientes medidas como posibles impedimentos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la mayor parte de los sectores económicos. La diferencia entre las diversas zonas geográficas dentro del territorio español, en esta fase, puede considerarse, en general, poco relevante, ya que los contagios se extendieron rápidamente por todo el territorio, con un grado elevado de uniformidad; y las medidas adoptadas para contenerlo, inicialmente, alcanzaron igualmente a todo el país.

**52.** Más dificultades plantea la valoración del factor de previsibilidad si se considera, en particular, la fase en que comenzó la llamada “desescalada” que, en principio, había de llevar a las distintas zonas de España desde una situación de confinamiento a otra de “nueva normalidad” coincidiendo, aproximadamente, con el inicio de la temporada estival. Parece claro que, al menos en un primer momento, sí hubo un periodo en el que existieron expectativas razonables de que pudiera recuperarse, en cierta medida, la actividad económica en la mayor parte de los sectores. Y no resulta descabellado pensar que, en ese periodo (que podría situarse, aproximadamente, entre los primeros días de junio y mediados de julio), pudieron celebrarse numerosos contratos (p. ej., relacionados con el turismo) respecto de los cuales la superveniencia de impedimentos relacionados con la crisis sanitaria pudiera considerarse como algo -relativamente- imprevisible; al menos a corto y medio plazo, ya que sí se puede dar por cierto que, en todo ese periodo, la población española en general era consciente de que, con la llegada del otoño, lo más probable es que se produjeran rebrotes, e incluso una segunda oleada de la enfermedad. Lo que quizá no era previsible en ese momento es que los rebrotes empezaran a proliferar ya durante julio y agosto, multiplicando así los impedimentos para el cumplimiento de contratos celebrados durante el periodo de desescalada –y también para contratos celebrados antes del inicio de la crisis, pero respecto de los cuales las partes habían conseguido mantener su vigencia, quizá en previsión de que las circunstancias mejoraran con la llegada del verano-. A partir del mes de agosto, se puede afirmar con bastante rotundidad que la presencia de la enfermedad y de las medidas de contención era una realidad con la que, en general, se sabía que sería necesario convivir en los meses siguientes y con carácter indefinido, al menos hasta que la dispensación masiva de vacunas o la aparición de un tratamiento efectivo contra la enfermedad permitiera vislumbrar la definitiva superación de la crisis sanitaria.

**53.** Desde entonces, y hasta el momento presente, la crisis ha ido experimentando altibajos en cuanto a su nivel de gravedad, instalándonos en una situación “estable” de incertidumbre, de duración indefinida. Las medidas que se están adoptando en la fase actual tienen un marcado carácter territorial, ya que, en respuesta a las exigencias que van surgiendo en cada momento, las restricciones a la movilidad y a la actividad social y económica se proyectan sobre espacios diversos (regiones, provincias, comarcas, poblaciones, o incluso barrios). Desde el punto de vista temporal, las curvas de la enfermedad no están siguiendo un patrón definido, de manera que territorios que habían conseguido mantener un nivel relativamente bajo de contagios, o controlar los primeros picos de la enfermedad, vuelven algún tiempo después a experimentar crecimientos importantes, lo que a su vez obliga a reactivar las restricciones con contenidos y niveles de intensidad igualmente cambiantes. A ello hay que añadir que las medidas adoptadas -no solo en España, sino también en otros países de nuestro entorno, especialmente aquellos de los que procede la mayor parte del turismo- están incidiendo de manera desigual en los diferentes sectores económicos: si en la primera oleada las restricciones afectaron de forma generalizada prácticamente a todos los ámbitos de la actividad económica, dejando a salvo únicamente determinados sectores esenciales (sanitario, alimentario, información y comunicación, etc.), en el momento actual resulta evidente que las medidas adoptadas están incidiendo de forma especialmente grave sobre determinados sectores concretos (turismo, transportes, hostelería, ocio nocturno, actividad cultural, comercio de proximidad, entre otros); y, si bien la crisis está afectando en mayor o menor medida a todos los ámbi-

tos económicos, también es cierto que algunos sectores están experimentando importantes incrementos de actividad (p. ej., la industria de contenidos digitales, la distribución de productos a domicilio, o las empresas dedicadas a la rehabilitación y reforma de viviendas). Y todo ello, con la perspectiva real de que las circunstancias de cada momento y lugar puedan cambiar sensiblemente en un breve espacio de tiempo en función de la evolución de las cifras de la enfermedad.

54. Así las cosas, el análisis prospectivo que realiza la *Nota*<sup>112</sup> acerca de la valoración del factor “previsibilidad” de cara a la futura superación de la pandemia y el correlativo levantamiento de las medidas resulta, en el momento actual, imposible de concretar. Parece claro que, en tanto no se alcance un nivel elevado de inmunidad en la población mediante la aplicación masiva de vacunas (un proceso que, en el mejor de los casos, llevará meses), o se encuentre un tratamiento eficaz contra la enfermedad, tanto los rebrotes localizados como las sucesivas oleadas generales seguirán produciéndose, prácticamente, sin solución de continuidad. Hasta ese momento, como señala la *Nota*, cabe pensar que no habrá un momento definido de final de la crisis sanitaria; y tampoco es posible prever, en el momento actual, si las medidas que habrán de adoptarse hasta entonces tendrán un carácter local, regional o nacional, y cuál será la intensidad y la duración de las mismas.

#### D) Las cláusulas contractuales *ad hoc*

55. En estas circunstancias, es evidente que las partes de cualquier contrato que, en España o en cualquier otro país, se celebre en el futuro inmediato y durante los próximos meses -salvo que se trate de contratos de tracto único o llamados a cumplirse en un espacio de tiempo muy breve-, o bien de aquellos anteriores que estén sujetos a renegociación, habrán de tener en cuenta la posible incidencia de la crisis del coronavirus y sus derivaciones (medidas gubernamentales, crisis económica), ya que, llegados a este punto, tales sucesos difícilmente podrán considerarse como imprevisibles y, por tanto, susceptibles de fundamentar la aplicación del régimen de la fuerza mayor (o de otros, como el de la excesiva onerosidad sobrevinida)<sup>113</sup>. Lo aconsejable, por tanto, será que en la redacción de los contratos (y siempre dentro de los límites reconocidos a la autonomía de la voluntad en cada ámbito) se incluyan cláusulas específicas orientadas a regular las consecuencias que sobre la relación contractual habrá de tener la eventual superveniencia de circunstancias vinculadas a la pandemia y que puedan dificultar o impedir el cumplimiento normal de las obligaciones contractuales.

56. Las propuestas que plantea al respecto la *Nota*<sup>114</sup> pueden constituir una guía muy útil sobre las cuestiones que podrían ser abordadas en dichas cláusulas (que, en puridad, ya no sería correcto denominar “cláusulas de fuerza mayor”, sino, en todo caso, “cláusulas COVID-19”). Entre tales cuestiones cabría mencionar, p. ej., las relacionadas con la obligación de notificar a la otra parte sin demora indebida cualquier circunstancia relacionada con la pandemia que pueda ser relevante para el desarrollo de la relación contractual (incluyendo la comunicación de la existencia de un impedimento para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el alcance del mismo, y, en el caso de impedimentos de carácter temporal, el momento en que el deudor esté en condiciones de reiniciar el cumplimiento del contrato); el tipo de documentación que habrá de aportarse en cada caso para justificar la concurrencia de tales circunstancias; las consecuencias que habrá de tener para la relación el hecho de que se aprueben ciertos tipos de medidas de contención (p. ej., en función de su alcance temporal o territorial); la posible asunción por una u otra parte del riesgo de que se den ciertos tipos de circunstancias; las medidas que ha-

<sup>112</sup> *Nota*, cit., ap. 23.

<sup>113</sup> La consideración de las posibles situaciones de pandemia como eventos de fuerza mayor en la negociación y redacción de los contratos se prolongará, previsiblemente, más allá del futuro inmediato; como señala GÓMEZ LIGÜERRE, (*op. cit.*, p. 1), “la situación actual quedará en nuestra memoria colectiva -social, económica y jurídica- y, a partir de ahora, ya no habrá contratos de cierta complejidad que prescindan de una cláusula que prevea una solución contractual para casos como el presente”.

<sup>114</sup> *Nota*, cit., ap. 30.

brán de adoptarse para mitigar los daños derivados de la superveniencia del supuesto de fuerza mayor; la posibilidad de requerir la renegociación del contrato, de suspender su vigencia, o incluso de resolverlo, a instancia de cualquiera de las partes, cuando se den determinadas situaciones y, en su caso, mediante el pago de una cantidad; los criterios que habrán de aplicarse, en su caso, para liquidar la relación; la posibilidad u obligación de contratar seguros que cubran el riesgo de obstáculos sobrevenidos al normal cumplimiento de los contratos, etc.

### E) El carácter insuperable o inevitable de los impedimentos.

57. Como sabemos, no pueden ser calificados como sucesos de fuerza mayor aquellos eventos que, aun siendo extraños en su origen a la esfera de control del deudor, pueden ser “razonablemente” superados o evitados en su incidencia impeditiva del cumplimiento si el deudor despliega la diligencia que le es exigible a tenor de las circunstancias. En el contexto de la actual crisis, es importante insistir en que ni la propia enfermedad, ni las medidas adoptadas para contenerla, ni las posibles dificultades “generales” derivadas de la crisis económica, pueden considerarse por sí mismas como eventos impeditivos del cumplimiento exacto de las obligaciones, ya que ello dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y, en particular, del tipo de prestación comprometida.

58. Como señala la *Nota*<sup>115</sup>, la enfermedad en sí misma podrá considerarse como un impedimento insuperable para el cumplimiento de las obligaciones de carácter personalísimo, cuando aquella afecte al propio deudor o a aquellas personas cuyo concurso personal sea imprescindible para la realización de la prestación de que se trate. Con todo, las circunstancias del caso podrán matizar este planteamiento, en función, p. ej., de que la enfermedad sea o no asintomática, o de que la prestación comprometida pueda o no ser cumplida, p. ej., alterando la modalidad de cumplimiento en algún aspecto no esencial (p. ej., sustituyendo una actividad presencial por otra *on line*). Con las mismas matizaciones, el cumplimiento de este tipo de obligaciones también podrá verse impedido, no solo por la enfermedad del deudor, sino por la sujeción de este a medidas de cuarentena o de confinamiento que le impidan desplazarse al lugar de realización de la prestación o entrar en contacto con otras personas.

59. En condiciones normales, la enfermedad del deudor<sup>116</sup> o de quienes han de colaborar con él en el cumplimiento de las obligaciones asumidas (dependientes, auxiliares, etc.) no debería constituir un impedimento insuperable para el cumplimiento de obligaciones de carácter no personalísimo, ya que, en términos generales, cabría razonablemente esperar del deudor que este adoptase las medidas necesarias para superar el obstáculo, p. ej., recurriendo a los servicios de terceros<sup>117</sup>. Cabe pensar, no obstante, que en las actuales circunstancias podrá darse con mayor facilidad el caso de que el deudor se encuentre con dificultades adicionales que normalmente no se darían para encontrar esas vías alternativas de cumplimiento; y así, p. ej., si bien la enfermedad de un empleado del deudor no debería constituir, en general,

<sup>115</sup> *Nota*, cit., ap. 15.

<sup>116</sup> Se advierte en la *Nota* (ap. 15, n. 12), que la consideración de la enfermedad derivada del coronavirus como evento impeditivo del cumplimiento, pese a tratarse de un problema subjetivo del deudor y no de un obstáculo externo y objetivo, se justifica porque se trata de una pandemia de carácter excepcional, y no de una enfermedad “ordinaria” del deudor (como podría ser, p. ej., una apendicitis), que, según se dice, “normalmente no sería considerada como fuerza mayor, ya que tales acontecimientos son parte de los riesgos ordinarios asumidos por las partes contractuales”.

<sup>117</sup> En este sentido, CARRASCO, *Derecho de contratos...*, cit., p. 951. V. STS de 19 mayo 2015 (RJ 3118), cuando señala: “La imposibilidad subjetiva que se invoca no puede calificarse de imprevisible, pues las contingencias relacionadas con la salud, bien de la parte contratante o de su núcleo familiar, con afectación de su solvencia, son previsibles, según es notorio por máximas de experiencia. Las situaciones de invalidez o el fallecimiento, a causa de un accidente, son inevitables, pero no sus consecuencias, como también se colige de máximas de experiencia, siendo notorio cómo en caso de comprometerse la parte compradora, normalmente de vivienda, al pago aplazado de la adquisición, suele concertar un contrato de seguro que cubra el siniestro descrito, a fin de evitar la insolvencia a que se ha hecho mención”. Adviértase, no obstante, que en este tipo de casos podrán ser de aplicación normas específicas que permitan al Tribunal modificar algún extremo del contrato en atención a la situación del deudor, como el ya citado art. 11 de la Ley de Venta a Plazos o el art. 1124.3 CC.

un impedimento insuperable -ni tampoco imprevisible- para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, en la actual situación puede darse el caso de que la enfermedad de un trabajador obligue a poner en cuarentena a toda la plantilla de la empresa para prevenir posibles contagios, privando así al empresario deudor de cualquier capacidad razonable de respuesta.

**60.** Un razonamiento similar sería aplicable a aquellos impedimentos para el cumplimiento que deriven de las medidas adoptadas por las autoridades para combatir la pandemia. Las dificultades derivadas, p. ej., de las limitaciones impuestas al desplazamiento de trabajadores, al transporte de mercancías, al tráfico o exportación de ciertos bienes, o al desarrollo de determinadas actividades, que podrían, en condiciones normales, ser vencidas mediante el despliegue por parte del deudor de un mayor nivel de esfuerzo o sacrificio o mediante la asunción de costes adicionales (p. ej., buscando proveedores alternativos), pueden llegar a resultar insuperables en la actual coyuntura, habida cuenta del alcance prácticamente universal que en muchos casos han asumido las restricciones adoptadas, que con frecuencia tienen incluso una proyección internacional. En determinados sectores de actividad, como la restauración, el turismo, los transportes, los espectáculos y otros, la paralización impuesta por las autoridades podrá considerarse como fuerza mayor impeditiva del cumplimiento, bien con carácter temporal o, incluso, con carácter definitivo<sup>118</sup>. En otros ámbitos, en cambio (p. ej., en el caso de venta de bienes a distancia), tales medidas podrán suponer un obstáculo temporal para el cumplimiento, pero difícilmente justificarán un incumplimiento definitivo. En ciertos sectores, incluso (como los relacionados con la prestación de bienes o servicios digitales), las medidas en cuestión no constituirán, en condiciones normales, un impedimento relevante para el cumplimiento puntual de las obligaciones asumidas. Sin embargo, también en estos supuestos habrá que estar a las circunstancias del caso concreto.

**61.** En condiciones normales, resultaría igualmente razonable entender que solo aquellas medidas restrictivas que tuvieran carácter obligatorio deberían ser consideradas como impedimentos insuperables para el cumplimiento<sup>119</sup>. Entendemos, no obstante, que, en las circunstancias de la actual pandemia, este es un dato que habrá de ser manejado con especial cuidado. El hecho de que las autoridades opten en un momento dado por recomendar ciertas medidas, en lugar de imponerlas como obligatorias, puede responder a razones de diverso tipo (de carácter económico, social, político, o incluso legal o competencial); pero, en nuestra opinión, y apelando al principio de precaución que debe imperar en todos aquellos ámbitos en que están en juego la vida y la salud de las personas (y más ante un situación extrema como la que estamos atravesando), parece que la conveniencia de cumplir las recomendaciones formuladas por las autoridades (en beneficio, no solo del propio deudor, sino también del propio acreedor y, en último término, del interés general) podrá considerarse, en muchos casos, como un impedimento del cumplimiento susceptible de ser calificado como fuerza mayor, al menos en un sentido impropio, en la medida en que podría fundamentar, cuando menos, la inexigibilidad de la conducta de cumplimiento<sup>120</sup>. Cuestión distinta será determinar en qué medida una prohibición que solo limita parcialmente las posibilidades de actuación del deudor, dejando un margen para que este pueda continuar con su actividad (como ha sucedido, p. ej., con la posibilidad, reconocida a los establecimientos hosteleros, de mantener el servicio de comidas

<sup>118</sup> V. al respecto algunas de las medidas de emergencia adoptadas en relación con la imposibilidad de cumplimiento de determinados contratos de consumo, a las que se hace referencia *supra*, I.2, aps. 9-11.

<sup>119</sup> *Nota*, cit. ap. 16.

<sup>120</sup> En relación con los impedimentos derivados de la crisis del coronavirus, distingue CARRASCO (“Permítame...”, cit., pp. 6-7) entre contingencias “propias” de fuerza mayor (prohibición normativa de que se pueda realizar en sus propios términos la prestación convenida; prohibición normativa de que se pueda realizar una actividad que es instrumental necesariamente para la consecución de la prestación comprometida; imposibilidad absoluta individual de cumplir sin culpa propia, p. ej., en una prestación de servicios cuando el obligado se ha infectado; imposibilidad absoluta genérica de cumplir por parte de cualquier deudor que estuviera situado en las condiciones del deudor, p. ej. todos los proveedores de esa clase) y contingencias “impropias” de fuerza mayor (inexigibilidad de una conducta de cumplimiento, porque este comprometería recursos personales del deudor con razonable probabilidad de exposición a la infección; inexigibilidad de una conducta de cumplimiento, porque este comprometería recursos personales de la contraparte, con razonable probabilidad de exposición a la infección; inexigibilidad de una conducta de cumplimiento que comportaría un sobrecoste extraordinario no compensado por el precio del contrato; imposibilidad no absoluta, pero singular del deudor, de cumplir en tiempo y forma; y desaparición sobrevenida de la causa).

para llevar) podrá o no servir de base para apreciar la concurrencia de un impedimento constitutivo de fuerza mayor respecto al cumplimiento de las obligaciones asumidas, lo que necesariamente habrá de determinarse, una vez más, a la vista de las circunstancias del caso concreto.

62. Por lo demás, es previsible que en el marco de la actual crisis se den con frecuencia situaciones en las que tanto la propia enfermedad, como las medidas individuales o generales de contención, o los efectos de la crisis económica derivada, sitúen al deudor, no ante una imposibilidad absoluta para cumplir, pero sí ante una situación de dificultad extraordinaria o exorbitante, susceptible de justificar, según los casos, la activación de instrumentos tales como la exoneración o liberación del deudor por fuerza mayor “impropia”, la limitación en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento por parte del acreedor conforme a la buena fe, la terminación de los contratos por frustración de su finalidad, su renegociación o revisión judicial por excesiva onerosidad sobrevenida, etc.<sup>121</sup> En el caso concreto de la fuerza mayor, esta flexibilidad aplicativa vendría avalada por la noción amplia de “impedimento” que manejan los Principios de Unidroit y, en el ámbito del CC español, por la interpretación amplia acogida en ocasiones por la jurisprudencia acerca del propio concepto de imposibilidad sobrevenida. Por nuestra parte, entendemos que el manejo de criterios flexibles en este punto puede resultar especialmente aconsejable en el presente contexto, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la situación y el extraordinario e inusitado alcance de los obstáculos que se plantean en muchos casos a la hora de dar un cumplimiento exacto a las obligaciones asumidas.

63. Presumiblemente, los impedimentos para el cumplimiento de los contratos relacionados con la pandemia o con las medidas de contención adoptadas tendrán en muchos supuestos un carácter temporal, lo que, en su caso, justificará que los eventuales efectos exoneratorios o liberatorios para el deudor tengan igualmente un carácter temporal (tal como se prevé en el art. 7.1.7 (4) de los Principios, y tal como ha admitido también nuestra jurisprudencia<sup>122</sup>). Esta, en principio, sería la solución más deseable desde el punto de vista del interés general, ya que contribuiría a preservar el entramado contractual preexistente, tan necesario para la futura reactivación económica. En no pocos casos, sin embargo, cabe pensar que la propia incertidumbre existente en cuanto a la posible duración de la crisis sanitaria y de las correspondientes medidas restrictivas (susceptibles de verse prorrogadas o reactivadas en función de la evolución de las circunstancias) podrá justificar la definitiva extinción de las relaciones contractuales afectadas, al no ser viable imponer a ninguna de las partes una suspensión de duración indefinida. Por otro lado, la propia incertidumbre de la situación generada por la pandemia permite subrayar la utilidad de la previsión contenida en el propio art. 7.1.7 de los Principios, según la cual el deudor afectado por un impedimento temporal deberá contar con un plazo adicional para cumplir cuya duración habrá de ser “razonable”, y no necesariamente coincidente con la duración del propio impedimento: la propia naturaleza de las medidas de contención adoptadas, en cuanto pueden implicar una paralización casi absoluta -aunque temporal-, y en ocasiones indefinida, de la actividad en determinados sectores, impondrán habitualmente la necesidad de reconocer a los deudores afectados un plazo adicional para cumplir razonablemente amplio, una vez que se hayan levantado las medidas relevantes, con objeto de permitir la recuperación de los niveles normales de actividad<sup>123</sup>.

## 5. Los deberes adicionales impuestos a las partes

### A) La obligación de notificar al acreedor la existencia del impedimento

64. El art. 7.1.7 (3) de los Principios dispone: “*El deudor debe notificar al acreedor la existencia del impedimento y sus consecuencias sobre su capacidad para cumplir. Si la notificación no llega a su*

<sup>121</sup> Sobre la frustración del fin del contrato y su delimitación respecto a la excesiva onerosidad sobrevenida, v. *infra*, III.3. A) y B).

<sup>122</sup> V. *supra*, II.3, ap. 40.

<sup>123</sup> *Nota*, cit., ap. 27.

*destino en un plazo razonable a partir del momento en que tuvo, o habría debido tener, conocimiento del impedimento, el deudor está obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la falta de recepción*". Se trata, probablemente, de la diferencia más relevante que media entre la regulación de la fuerza mayor en los Principios y en el CC, donde no existe ninguna previsión equivalente, ni en el art. 1105, ni en los preceptos que regulan la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor; lo cual no excluye que, en atención a las circunstancias del caso concreto, pueda considerarse como un deber que incumbe al deudor, y que integra el contenido del contrato por exigencias del principio de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC).

**65.** No se trata de una carga impuesta al deudor como requisito para poder hacer valer el efecto liberatorio o exoneratorio de la fuerza mayor: concurriendo esta, dicho efecto opera aunque el deudor no formule la correspondiente notificación; pero deberá indemnizar los daños causados al acreedor, no ya por la falta de cumplimiento, sino por la falta de notificación (o por la falta de recepción de la notificación remitida en un plazo razonable). La *Nota*<sup>124</sup> identifica los daños indemnizables en tal caso con el "daño de confianza" que pueda experimentar el acreedor, de tal manera que la indemnización habrá de servir para poner a aquel en la misma situación que tendría si hubiera recibido la notificación a tiempo.

**66.** Se trata, en todo caso, de una previsión perfectamente razonable, ya que trata de evitar que, ante la concurrencia de un evento impeditivo del cumplimiento de su obligación, el deudor pueda limitarse a mantener una postura meramente pasiva, esperando a que el acreedor reclame el cumplimiento para, solo entonces, plantear la correspondiente oposición. Si la fuerza mayor exonera al deudor de toda responsabilidad por su incumplimiento, es justo que se le imponga el deber de notificar al acreedor la existencia del impedimento y sus consecuencias sobre la obligación asumida. De este modo se facilita al acreedor la posibilidad de adoptar las medidas más oportunas para evitar o, al menos, minimizar los daños que puedan derivarse de la falta de cumplimiento, ya sea buscando una solución alternativa (p. ej., un suministro de reemplazo), o incluso renegociando los términos del acuerdo entre las mismas partes.

**67.** Teniendo en cuenta el fundamento de la norma, parece razonable entender, como hace la *Nota*, que la obligación de indemnizar los daños derivados de la falta o retraso en la notificación podrá verse limitada en aquellos casos en que la existencia del impedimento sea o debiera ser conocida por el acreedor. Habría que matizar, no obstante, que, a estos efectos, no ha de considerarse decisivo el hecho de que el evento impeditivo sea de conocimiento público (como sucede, en el caso que nos ocupa, con la situación de pandemia o las medidas de contención adoptadas), ya que lo relevante será determinar la incidencia que dicha circunstancia tiene, en el caso concreto, sobre la capacidad de cumplimiento del deudor. Siendo este un extremo respecto del cual, en condiciones normales, el deudor tendrá un conocimiento más preciso, detallado e inmediato que el acreedor (lo que, por otra parte, explica que se atribuya a aquel la carga de la prueba al respecto), difícilmente podrá justificarse la falta de notificación por no ser necesaria.

**68.** Por lo demás, aunque los Principios no aluden a ello, cabe pensar que, en aquellos casos en que el impedimento para el cumplimiento tenga un carácter meramente temporal, la parte afectada por dicho impedimento también deberá notificar a la otra el cese de dicho impedimento y su disposición para reiniciar el cumplimiento del contrato, una vez transcurrido el "periodo razonable" de exención al que se refiere el art. 7.1.7 (4).

## **B) El deber del acreedor de mitigar el daño**

**69.** Se recuerda en la *Nota*<sup>125</sup> que, por aplicación de la regla general establecida en el art. 7.4.8 de los Principios, el acreedor, ante una situación de incumplimiento de la obligación por parte del deudor,

<sup>124</sup> *Nota*, cit., ap. 25.

<sup>125</sup> *Nota*, cit., ap. 26.

dor, tampoco puede limitarse a adoptar una actitud pasiva, sino que debe hacer lo necesario para mitigar los daños derivados del incumplimiento, ya que, según establece aquel precepto en su apartado (1), “*la parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables*”. Añade el apartado (2) que “*la parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño*”; lo que parece implicar que podrá reclamarse el reembolso de tales gastos aun cuando, finalmente, el intento de reducir el daño haya resultado fallido.

70. Aunque en el CC no existe una previsión similar de carácter general, se entiende que, por aplicación del principio de buena fe (y, en ocasiones, por expresa previsión legal, como la del art. 17 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, o la del art. 77 del Convenio de Viena<sup>126</sup>), el acreedor tiene la carga de aminorar las consecuencias dañosas del incumplimiento, de tal manera que en ningún caso podrán imputarse al deudor los daños que, teniendo su origen en el incumplimiento, podían haber sido evitados por el acreedor si hubiera actuado con la diligencia exigible a tenor de las circunstancias<sup>127</sup>.

71. A primera vista, el deber de atenuar el daño al que se refieren los Principios solo tendría sentido ante una situación de incumplimiento contractual que permitiese al acreedor exigir la correspondiente responsabilidad al deudor, y no cuando este pueda acogerse a la fuerza mayor para exonerarse de responsabilidad por la falta de cumplimiento. Sin embargo, dicho deber adquiere también sentido en este último supuesto si se pone en relación con el deber del deudor de notificar a aquel la existencia de un impedimento para el cumplimiento, tal como vimos en el epígrafe anterior. Dicho de otro modo, tratándose de un supuesto de fuerza mayor, los únicos daños que, en principio, podrán imputarse al deudor serán aquellos que haya podido sufrir el acreedor como consecuencia del incumplimiento por aquel del deber de notificarle la existencia de un impedimento para el cumplimiento; y, si bien el acreedor no podrá reclamar aquellos daños que podía haber evitado adoptando las medidas razonables, cabe pensar que estas solo le serán exigibles, como regla, desde el momento en que se le haya notificado la existencia del impedimento y su incidencia sobre la capacidad de cumplir del deudor (a menos, como vimos, que pueda probarse que el acreedor tuvo o pudo tener conocimiento de tales circunstancias por otra vía).

### C) Principio de buena fe y deber de cooperación entre las partes

72. Los arts. 1.7 y 5.1.3 de los Principios formulan, con carácter general, el principio de buena fe y lealtad y el deber de cooperación que incumbe a cada una de las partes a la hora de facilitar el cumplimiento de la otra. En el sistema del CC español, este deber de cooperación entre partes, aunque no aparece formulado de manera expresa, sí se considera como una consecuencia natural del principio de buena fe, al que se refieren especialmente el art. 7.1 y, en el ámbito contractual, el art. 1258. Se trata, como es sabido, de un principio esencial e inderogable dentro de cualquier sistema jurídico, como se pone claramente de manifiesto a la vista del art. 1.7 (2) de los Principios, en el que se establece que las partes no pueden excluir ni limitar el deber de actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. Pero se trata, obviamente, de principios que adquieren una especial significación y trascendencia en una situación como la actual, en la que prácticamente todas las relaciones económicas y jurídicas han de verse afectadas en mayor o menor medida por una crisis imprevisible, de proporciones mundiales, de extraordinaria gravedad, y de incierta evolución, y en la que, por tanto, parece especialmente exigible -también a nivel jurídico- que todos los sujetos implicados en tales relaciones contribuyan a superar

<sup>126</sup> Al que España se adhirió por Instrumento de ratificación de 17 julio 1990 (BOE de 30 enero 1991).

<sup>127</sup> En este sentido, v., p. ej., STS de 14 mayo 2003 (RJ 4749); y GREGORACI, *op. cit.*, pp. 461-462, donde recuerda que una expresa previsión al respecto se recoge en el art. 1211 de la Propuesta para la Modernización del Código Civil de la CGC. Sobre las medidas “proactivas” que pueden adoptar las empresas para anticipar, prevenir y mitigar los potenciales daños que puedan derivar de la crisis del coronavirus mediante una planificación adecuada de la actividad, v. RIVERA, *op. cit.*, esp. pp. 4 y 5.

en lo posible las dificultades generadas por la crisis, más allá incluso de lo que sería “razonablemente” exigible en circunstancias normales, no solo facilitando el cumplimiento de la otra parte, sino también preservando en lo posible los intereses de esta, mitigando los daños derivados de una posible situación de fuerza mayor, o aviniéndose a renegociar de buena fe, en su caso, los términos del contrato<sup>128</sup>.

## 6. Posibilidad de acudir a otros remedios

73. El régimen de la fuerza mayor establecido por el art. 7.1.7 de los Principios exonera al deudor de la responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento, cuando se den las circunstancias anteriormente examinadas<sup>129</sup>; pero deja a salvo los demás remedios que puedan corresponder a las partes ante la falta de cumplimiento del contrato, siempre que se den los respectivos requisitos<sup>130</sup>. En concreto, dispone el apartado (4) que “*las disposiciones del presente artículo no impiden a las partes ejercitar su derecho de resolver el contrato, suspender el cumplimiento de sus obligaciones o exigir intereses por las sumas debidas*”.

74. A la facultad de suspender el cumplimiento de las propias obligaciones ante el incumplimiento de la otra parte se refiere el art. 7.1.3 de los Principios en los siguientes términos: “*(Suspensión del cumplimiento) (1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación. (2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido*”<sup>131</sup>. Se trata, por tanto, de un régimen sustancialmente coincidente con el que, en el ordenamiento español, se asocia al funcionamiento de la *exceptio non adimpleti contractus* en el ámbito de las obligaciones sinalagmáticas; figura que carece de una regulación general en el CC, pero sí está presente en numerosos supuestos concretos (arts. 1100.3, 1466, 1467, 1500, 1502, 1308, etc.), por lo que la doctrina y la jurisprudencia le reconocen un alcance general<sup>132</sup>. Es importante destacar que, en el sistema del CC, se entiende que la posibilidad de oponer la *exceptio* -tanto por vía judicial como extrajudicial- no está supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en el incumplimiento de la otra parte; pero sí se requiere que su ejercicio se atenga a las exigencias derivadas de la buena fe, lo que excluye su viabilidad, p. ej., cuando el que la invoca ha provocado el incum-

<sup>128</sup> Para el sistema del CC, señala CARRASCO (*Derecho de contratos...*, cit., p. 961) que la concurrencia de un supuesto de caso fortuito liberatorio para el deudor puede ser, a su vez, fuente y fundamento, conforme a la ley o a las exigencias de la buena fe, para otras obligaciones secundarias, como las relacionadas con la protección de los intereses de la otra parte, la mitigación de los daños derivados de la falta de cumplimiento, o la búsqueda de una salida negociada a la situación generada por el caso fortuito; respecto a esta última cuestión, recuerda el autor que el deber de negociar de buena fe una salida alternativa es un pacto absolutamente común en todos los contratos comerciales que contemplan el riesgo de la fuerza mayor.

<sup>129</sup> Así lo aclara el *Comentario*, cit., p. 241. V. también art. 7.4.1 de los Principios: “*(Derecho al resarcimiento) Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios*”. Como señala LLAMAS POMBO (*op. cit.*, 1.892), se trata del mismo planteamiento que cabe extraer del régimen español acerca de las consecuencias del caso fortuito: el deudor se libera de responsabilidad, pero sin que ello haya de privar al acreedor de la posibilidad de acudir a otros remedios frente al incumplimiento.

<sup>130</sup> *Nota*, cit., ap. 29. Precisamente, el hecho de que la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor, aun exonerando de responsabilidad al deudor, no impida a la otra parte recurrir a otros remedios, como la resolución del contrato, es el principal inconveniente que subraya MORALES MORENO (*op. cit.*, p. 449) respecto a la utilización de aquel mecanismo en el contexto de la actual crisis, ya que el recurso generalizado a la resolución puede privar al sistema económico “del entramado de contratos sobre los que el mismo se desenvuelve, cuya conservación facilitará la futura reactivación de la actividad económica”, contribuyendo asimismo a agudizar los problemas de liquidez de los sujetos afectados. Por ello, entiende el autor que la intervención del legislador en el momento actual debería contribuir a evitar o limitar el recurso a la resolución.

<sup>131</sup> La facultad de suspender el propio cumplimiento también aparece prevista en los arts. 7.1.4 (4), 7.1.5 (2) y 7.3.4, dedicados, respectivamente, a los casos de subsanación del incumplimiento de la otra parte, a aquellos en que se concede al deudor un periodo suplementario para el cumplimiento, y a los supuestos en que, creyendo razonablemente una de las partes que la otra incumplirá esencialmente su obligación, reclame una garantía adecuada de cumplimiento, en tanto dicha garantía no sea otorgada.

<sup>132</sup> SSTS de 18 mayo 2012 (*RJ* 6358) y 15 marzo 2016 (*RJ* 841).

plimiento de la otra parte, o cuando dicho incumplimiento se refiere a prestaciones secundarias o carece de suficiente entidad para justificar una negativa a cumplir íntegramente la prestación demandada<sup>133</sup>.

75. En cuanto a la resolución, el art. 7.3.1 de los Principios la regula como un remedio que el acreedor tiene a su disposición, concretamente, en aquellos casos en que el incumplimiento de la otra parte sea esencial, conforme a los criterios establecidos por el propio precepto; criterios entre los cuales se mencionan, p. ej., el hecho de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar según el contrato (a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado), que la ejecución estricta de la prestación fuera esencial según el propio contrato, que la parte perjudicada tenga razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro, o, en el caso de demora, que la parte incumplidora no realice su prestación antes del vencimiento del plazo suplementario que se le hubiera concedido<sup>134</sup>. Se trata de un planteamiento similar al que se sigue en la doctrina y la jurisprudencia española, que -con alguna salvedad a la que inmediatamente se hará referencia- reconocen que, en las obligaciones recíprocas, el incumplimiento de la obligación que incumbe a una de las partes, cuando tenga un carácter esencial<sup>135</sup>, permite a la otra resolver el contrato, no solo cuando el incumplimiento sea imputable (supuesto al que se refiere directamente el art. 1124 CC), sino también cuando derive de un supuesto de imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>136</sup>.

76. Obsérvese, por otra parte, que cuando el art. 7.3.1 (4) de los Principios, en los casos de fuerza mayor, reconoce la posibilidad de ejercitar otras acciones, no alude exclusivamente al acreedor, sino “*a las partes*”. Ello permite entender que, llegado el caso, la resolución del contrato basada en la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor podrá ser instada, no solo por el acreedor, sino también por el propio deudor directamente afectado por el impedimento para cumplir, con objeto de liberarse definitivamente de cualquier responsabilidad por el incumplimiento. Aunque en el sistema del Derecho español la legitimación para el ejercicio de la acción por resolución (sea por incumplimiento o por imposibilidad sobrevenida no imputable) suele afirmarse habitualmente respecto al acreedor, lo cierto es que, en la práctica, la legitimación del deudor imposibilitado para cumplir ha sido también reconocida por los Tribunales en diferentes ocasiones, pese a la repetida declaración según la cual el deudor no cumplidor no puede instar la resolución<sup>137</sup>.

77. La inclusión del apartado (4) en el precepto dedicado, precisamente, a la fuerza mayor, permite afirmar que, en el sistema diseñado por los Principios, se opta por un criterio unívoco en cuanto a la atribución de lo que en España se suele denominar “el riesgo del caso fortuito en las obligaciones sinalagmáticas”: el deudor imposibilitado para cumplir por una circunstancia de fuerza mayor se libera de su obligación y se exonera de responsabilidad, pero, cuando ello implique un incumplimiento esencial, el acreedor puede siempre resolver el contrato<sup>138</sup>, sea cual sea la naturaleza de las prestaciones debidas,

<sup>133</sup> Entre otras, SSTS de 29 abril 1994 (RJ 2982) y 22 diciembre 2006 (RJ 2007/307). V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 1124”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8.244 y 8.235, donde advierte que los criterios conforme a los cuales ha de determinarse cuándo resulta justificado oponer la *exceptio* no tienen por qué coincidir con los -más rigurosos- que han de aplicarse para determinar la procedencia de la resolución.

<sup>134</sup> Como se advierte en el *Comentario*, cit., p. 242, la fuerza mayor, como la excesiva onerosidad sobrevenida, será típicamente relevante, en especial, en los contratos de larga duración; y, si bien es en el caso de excesiva onerosidad donde se incentiva especialmente la renegociación entre las partes para mantener la vigencia del contrato, también cabe la posibilidad de que, en este tipo de contratos (donde es posible que las inversiones realizadas solo puedan recuperarse con el paso del tiempo), las partes hayan anticipado la eventualidad de un suceso de fuerza mayor, con objeto de favorecer la continuidad del contrato, en la medida de lo posible, a través de diversos mecanismos, de manera que la resolución quede como un último recurso.

<sup>135</sup> Por todas, STS de 22 diciembre 2014 (RJ 6406).

<sup>136</sup> Sobre la procedencia de la resolución cuando el incumplimiento de la otra parte se debe a imposibilidad sobrevenida de la obligación por causa no imputable al deudor -aunque con exclusión de la indemnización de daños-, v. SSTS de 9 octubre 2006, 22 diciembre 2014 (RJ 6406) y 26 abril 2018 (RJ 2192), con cita de otras. En la doctrina, v., por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios...*, cit., pp. 8.224-8.225.

<sup>137</sup> Lo advierte CARRASCO (*Derecho de contratos...*, cit., p. 936 y n. 21, citando como ejemplos las SSTS de 7 febrero 1994 (RJ 917) y 23 febrero 1994 (RJ 1995/683). V. también GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios...*, cit., p. 8.225.

<sup>138</sup> La necesidad de instar la resolución del contrato -sea por vía judicial o extrajudicial- en estos casos contrasta con la automática resolución del contrato prevista en el art. 9:303 (4) de los PECL: “*Si una parte está exonerada conforme al art. 8:108*

con objeto de liberarse de su propia obligación y repetir, en su caso, lo ya pagado (con el único límite del enriquecimiento obtenido). En el sistema español, se admite que este es el criterio aplicable con carácter general en los contratos sinalagmáticos (v., p. ej., arts. 1585, 1589, 1590 y 1595, relativos al contrato de obra)<sup>139</sup>, con la importante -y discutida- excepción de la venta de cosa determinada, en la que la doctrina mayoritaria entiende (con base en la interpretación *a contrario* del poco claro art. 1452 CC) que el riesgo de la pérdida, destrucción o deterioro fortuito de la cosa debida se atribuye al comprador<sup>140</sup>. En principio, parece claro que no es este último un supuesto que, previsiblemente, vaya a plantearse con frecuencia como consecuencia derivada de la crisis del COVID-19, que, en todo caso, podrá afectar al cumplimiento regular de las obligaciones de dar cosa determinada de otros modos (p. ej., retrasando o dificultando el cumplimiento de la obligación de entrega, imponiendo de forma sobrevenida prohibiciones legales de comercialización o transporte respecto a ciertos tipos de bienes, etc.); hipótesis todas ellas en las que será aplicable la regla general de atribución del riesgo al deudor<sup>141</sup>, permitiendo al acreedor liberarse de

---

*por un impedimento que es total y permanente, el contrato queda resuelto automáticamente y sin necesidad de notificación en el momento en que surge el impedimento*". El art. 7.1.7 de los Principios no se refiere directamente a esta cuestión, aunque el art. 7.3.2 (1), al regular la resolución por incumplimiento esencial, dispone que el derecho a resolver el contrato "se ejercita mediante una notificación a la otra parte". En nuestra doctrina, GONZÁLEZ PACANOWSKA (*Comentarios...*, cit.), recuerda que, en principio, la resolución por imposibilidad sobrevenida no opera de forma automática, aunque advierte que, en algunos casos, sí puede entenderse que la disolución del vínculo se producirá sin necesidad de declaración al respecto (p. ej., en caso de destrucción de la cosa arrendada, art. 28.1 LAU 1994, o de muerte del contratista, art. 1595 CC).

<sup>139</sup> Por todos, CARRASCO, *Derecho de contratos...*, cit., p. 934. A propósito de esta cuestión, en los últimos meses se ha planteado un interesante debate acerca de la incidencia de la crisis del coronavirus sobre los contratos de arrendamiento de locales de negocio, con dos posturas abiertamente enfrentadas: la de CARRASCO ("Permitame..." cit., p. 9; y también en "Locales de negocio cerrados por Covid: la barbarie o el lobby hacen su agosto", en *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 22 abril 2020, pp. 1 y ss.), para quien la imposibilidad de usar los locales arrendados conforme a su destino como consecuencia de una prohibición legal vinculada a las medidas anti-Covid exime al arrendatario de la obligación de pagar la renta (pudiendo suspender el pago o, incluso, resolver el contrato), por cuanto es obligación principal del arrendador la de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada; y la de PANTALEÓN ("Arrendamiento..." cit., pp. 7-8), para quien "los riesgos que el propietario arrendador de una cosa, a diferencia del vendedor, mantiene a su cargo o continúa soportando son, típicamente, los riesgos afectantes a la cosa arrendada en sí, que, de realizarse, impedirían el goce pacífico de la misma por el arrendatario. A esa idea responde, como es evidente, el art. 26 LAU (...). El arrendador no mantiene ni asume los riesgos afectantes a la utilidad a extraer por el arrendatario de dicho goce (...). El arrendador de un local de negocio no se obliga a (ni menos aún garantiza) que el arrendatario comience o pueda continuar ejerciendo la referida actividad empresarial. Si ello sucede por una razón ajena al local arrendado -que no afecte a la estructura, los elementos constructivos, la habitabilidad o la funcionalidad del referido local en sí-, de ningún modo cabe afirmar que el arrendador incumple la obligación que le impone el art. 1554.3º CC". El autor descarta que en el caso discutido las medidas prohibitivas puedan constituir un supuesto de fuerza mayor impeditiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de que, en su caso, se pueda plantear un problema de excesiva onerosidad sobrevenida susceptible de justificar la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* (pp. 9-10). De acuerdo con la primera postura se pronuncia, p. ej., BERCOVITZ, "Incidencia..." cit., p. 6; en favor de la segunda, v., p. ej. GREGORACI, *op. cit.*, p. 478. Sin ánimo de terciar en la cuestión, quizá pueda resultar útil recordar el precedente de la STS de 10 diciembre 1963 (RJ 5220), en la que se entendió que incumbía a la parte arrendadora la obligación de saneamiento respecto a las "perturbaciones de derecho" procedentes de tercero que pudieran impedir el goce pacífico de la cosa por el arrendatario (arts. 1554.3º y 1560.2 CC), y recondujo a este ámbito un caso en que determinadas monterías de caza que habían sido objeto de arrendamiento fueron prohibidas por la Administración, permitiendo con ello la resolución del contrato por el arrendatario, y obligando al arrendador a restituir el precio recibido. Nótese, en todo caso, cómo la legislación de emergencia dictada en España en materia de arrendamientos urbanos, en cuanto prevé ciertas moratorias y suspensiones en interés de los arrendatarios de locales de negocio afectados por la crisis del coronavirus y sus derivaciones, parece partir del presupuesto de que, a falta de las medidas señaladas, el arrendatario seguiría obligado al pago de las rentas de forma incondicionada.

<sup>140</sup> Sobre las diferentes interpretaciones a propósito de este artículo, v. ATAZ LÓPEZ, J., "Artículo 1452", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10.235 y ss.

<sup>141</sup> Como señala CARRASCO (*Derecho de contratos...*, cit., p. 940), "el supuesto de hecho único considerado en la regla de asignación de riesgos del art. 1452 CC es la pérdida de la cosa debida. No es ésta, sin embargo, la causa de imposibilidad más frecuente, siendo más comunes los casos de imposibilidad nacidos de hechos que impiden la entrega de la cosa no destruida, o las hipótesis en que la imposibilidad de cumplimiento del deber de entrega proviene de una sobrevenida modificación normativa. En ninguno de estos casos se aplica el art. 1452 CC, y la regla de asignación del riesgo vuelve a ser la genérica del art. 1124 CC, pudiendo el acreedor resolver el contrato por imposibilidad sobrevenida hasta el instante en que la prestación debida haya sido consumada mediante su entrega". En "Permitame..." cit., p. 4, el mismo autor recuerda que la hipótesis de pérdida o destrucción de la cosa debida "no parece que pueda darse en una contingencia de riesgo COVID-19".

sus obligaciones (total o parcialmente, temporal o definitivamente) mediante la suspensión del propio cumplimiento o, incluso, mediante la resolución del contrato<sup>142</sup>.

78. A los remedios anteriormente señalados (suspensión de la propia prestación, resolución del contrato) añade el art. 7.1.7 (4) de los Principios una referencia específica al retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, reconociendo al acreedor, de forma incondicionada, el derecho a reclamar el pago de intereses por las sumas debidas. El tratamiento específico de las obligaciones de dinero -respecto de las cuales se excluye, *a radice*, la eventualidad de un incumplimiento excusable-, se ve confirmado por lo previsto en los arts. 7.2.1 y 7.4.9, que prevén, también de forma incondicionada, la facultad de reclamar el pago de las obligaciones de dinero, y la obligación de pagar intereses por el retraso<sup>143</sup>. La correspondencia, en este caso, se da con el art. 1108 del CC español, donde se establece que “*si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*”. En el sistema español, el régimen específico de las obligaciones pecuniarias se relaciona con la consideración de estas como el prototipo de las obligaciones genéricas, respecto de las cuales se descarta por principio la eventualidad de que lleguen a hacerse de imposible cumplimiento, por lo que el posible retraso del deudor (siempre que este haya incurrido en mora, bien de forma automática, o bien en virtud de la correspondiente interpelación del acreedor; cfr. art. 1100) dará lugar siempre a la obligación de indemnizar al acreedor en la cuantía correspondiente a los intereses, sin que haya lugar para alegar la eficacia exoneratoria de la fuerza mayor o el caso fortuito<sup>144</sup>; y todo ello sin perjuicio de que, en su caso, pueda alegarse la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* para solicitar la revisión judicial del contrato cuando se den sus requisitos<sup>145</sup>.

### III. Excesiva onerosidad (*hardship*)

#### 1. El deber de cumplir el contrato a pesar de la excesiva onerosidad sobrevenida y la adaptación o la resolución contractual como excepción en los PICC

79. Los PICC abordan la excesiva onerosidad en la sección segunda del capítulo 6, dedicado al cumplimiento. La definición de *hardship* (art. 6.2.2) y los efectos de su concurrencia (art. 6.2.3) están

<sup>142</sup> En este sentido, CARRASCO, *Derecho de contratos...*, cit., p. 941. En la jurisprudencia, v. SSTS de 19 enero 1990 (RJ 16), 7 febrero 1994 (RJ 917) y 11 noviembre 2003 (RJ 8290).

<sup>143</sup> Art. 7.2.1: “(Cumplimiento de obligaciones dinerarias) Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago”. Art. 7.4.9: “(Intereses por falta de pago de dinero) (1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago. (...) (3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños”. Sobre el debate acerca de la posibilidad de reclamar la indemnización adicional a la que se refiere el ap. (3) citado en el sistema del CC, v. DE PABLO, *op. cit.*, p. 189.

<sup>144</sup> Precisamente, MORALES MORENO (*op. cit.*, p. 449) considera que la dificultad para aplicar el régimen de la fuerza mayor a las obligaciones pecuniarias constituye un serio inconveniente para su aplicación en las circunstancias actuales.

<sup>145</sup> SSTS de 25 mayo 1994 (RJ 6723), 13 julio 2017 (RJ 3962) y 19 mayo 2015 (RJ 3118). En esta última se dice expresamente que la imposibilidad liberatoria prevista en los arts. 1182 y 1184 CC no es aplicable a las deudas de pago de dinero, tampoco cuando el deudor se ve afectado por una desgracia familiar (pérdida de ingresos como consecuencia del fallecimiento del esposo de la actora), y que tal circunstancia no puede considerarse como imprevisible, como lo demuestra el frecuente recurso a la concertación de seguros para cubrir la posible insolvencia sobrevenida; y añade: “*Deviene necesario, pues, diferenciar entre la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación, que sólo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, pero no a las deudas pecuniarias, de aquellos supuestos en que la prestación resultase exorbitante o excesivamente onerosa, con encaje en la doctrina de la cláusula ‘rebus sic stantibus’*”. La STS de 13 julio 2017 (RJ 3962), tras recordar que la imposibilidad sobrevenida no es aplicable a las deudas de dinero, advierte que, en principio, tampoco puede el deudor exonerarse invocando la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en los casos en que se encuentre con dificultades para obtener financiación, ya que es esta una circunstancia que no puede considerarse, en general, como imprevisible, y es por tanto, salvo pacto en contrario, un riesgo del deudor. Un supuesto especial es el de la STS de 26 abril 2018 (RJ 2192), que considera extinguida por imposibilidad legal sobrevenida (conforme al art. 1184) la obligación, asumida por una empresa pública de transportes, de pagar la prima del seguro contratado, por impedirse la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma competente.

precedidos por la declaración general contenida en el art. 6.2.1: el punto de partida es la subsistencia del deber de cumplimiento, aunque la prestación hubiere devenido más onerosa. En los *Comentarios* se insiste en la persistencia de aquel deber, aunque el cumplimiento implique pérdidas, en lugar de los beneficios esperados, o incluso cuando carezca de sentido para la parte obligada. Las reglas sobre *hardship*, terminología adoptada por razón de su uso habitual en la contratación internacional<sup>146</sup>, representan la excepción a este principio general. La *Nota* reitera estas ideas en el punto 33.

**80.** La aplicación de los remedios para la excesiva onerosidad sobrevenida se subordina, en primer término, a una situación de alteración *fundamental* del equilibrio de las prestaciones. En los ejemplos de los *Comentarios* se reiteran los adjetivos de “incremento sustancial” de los costes de producción por subidas “dramáticas” en el precio de la materia prima o costes de producción “mucho más” elevados, pero se evita mayor concreción, remitiendo a las circunstancias del caso concreto.

**81.** Es igualmente preciso que el desequilibrio haya sido provocado por circunstancias sobrevenidas que reúnan, cumulativamente, el carácter de imprevisibles, ajenas al control de la parte perjudicada y sin que esta hubiera asumido el riesgo de tales eventos (art. 6.2.2). Podrá entonces requerir una renegociación (art. 6.2.3 PICC), sin suspender su propia prestación. En defecto de acuerdo en tiempo razonable, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal que, en caso de apreciar la excesiva onerosidad, y siempre que lo considere razonable, podrá resolver el contrato o adaptarlo con el fin de restablecer su equilibrio.

**82.** La frontera entre la *hardship* y una circunstancia impeditiva del cumplimiento, como antes hemos advertido, puede ser difusa, y de ello se hace eco la *Nota*<sup>147</sup>, advirtiendo que una misma contingencia –por ejemplo, cuando se prohíbe el acceso a la materia prima en el lugar de producción casi exclusivo, siendo muy costosa su adquisición en otro lugar– podría ser considerada como un impedimento para el cumplimiento, y, al mismo tiempo, una alteración fundamental del equilibrio del contrato, por ser una alternativa mucho más onerosa. La *Nota* añade que, en este caso, “corresponde a la parte afectada por los acontecimientos decidir la vía que ha de seguirse”<sup>148</sup>.

**83.** Nuestro TS mantiene, no obstante, la importancia de diferenciar entre una y otra pretensión, en particular cuando el perjudicado por los sucesos sobrevenidos es el deudor de una obligación pecuniaria, en la que no tiene cabida la imposibilidad, pues esta “*solamente afecta a las obligaciones de dar cosa determinada o de hacer*”. Mientras que la doctrina de la *rebus sic stantibus*, en la que encaja la prestación devenida exorbitante o excesivamente onerosa, “*opera con independencia de cuál sea el contenido de la prestación pactada*”. “*Se trata de acciones diversas y, de ahí, la importancia y relevancia que tiene para las partes fijar el objeto del pleito, a fin de que el Tribunal ofrezca respuesta adecuada al mismo*”. Se advierte, con todo, que en ambos casos se requiere que los sucesos que provocan uno y otro resultado sean *imprevisibles*; la ausencia de esta característica determinará el rechazo, tanto de la noción de imposibilidad sobrevenida con virtualidad liberatoria, como de la viabilidad de los remedios jurídicos asociados a la *rebus*<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> Los *Comentarios* ya advierten que la terminología es variada, para hacer referencia al mismo fenómeno: *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *excessiva onerosità sopravvenuta*, etc.

<sup>147</sup> V. *supra*, II.1, ap. 21. Y *Nota*, ap. 50.

<sup>148</sup> *Nota*, ap. 21, intitulado “Flexibilidad en la elección del remedio”.

<sup>149</sup> STS de 19 mayo 2015 (R.J. 3118). En el caso se ejercitaba por la vendedora de un inmueble una acción de cumplimiento. La parte demandada oponía la *imposibilidad* derivada de la situación de penuria económica provocada por el repentino fallecimiento de su marido, dejándola con exiguos ingresos y tres hijos menores a su cargo. En primera instancia se estimó la demanda, considerando que no concurrían los presupuestos de la *rebus*; la Audiencia Provincial confirmó, aplicando como *ratio decidendi* la doctrina sobre la (ausencia de) imposibilidad sobrevenida de la prestación. El TS, aunque advierta, como se ha dicho en el texto, la diferencia entre ambas acciones y achaque a las instancias cierta confusión, advierte que, además de no concurrir imposibilidad sobrevenida por tratarse de obligación pecuniaria, las “*contingencias relacionadas con la salud*”, “*con afectación de su solvencia*”, son previsibles, “*según es notorio por máximas de experiencia*”. Pues aun cuando el accidente sea en sí inevitable, no ocurre lo mismo con su repercusión sobre la solvencia, “*como también se colige de máximas de*

## 2. La situación de *hardship* en los Principios: aumento de coste de la prestación propia o disminución de valor de la que se recibe

84. Es importante perfilar el escenario de excesiva onerosidad susceptible de desencadenar los efectos de renegociación o intervención judicial previstos en el art. 6.2.3 PICC. Se identifica con una alteración fundamental del equilibrio contractual por la superveniencia de ciertos eventos, “bien porque el coste de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido” (art. 6.2.2, primer inciso).

85. La *Nota* insiste en este aspecto (n. 35): la modificación fundamental del equilibrio por una causa vinculada a la COVID-19 “debe haber aumentado el coste de la prestación de una de las partes o disminuido el valor de dicha prestación para una de las partes (incluyendo el caso de que la prestación haya perdido totalmente su valor para la parte destinataria) y, en ambos casos, es necesario que el aumento del coste o la disminución del valor puedan ser constatados y determinados *objetivamente*”; una alteración que además, “solo afectará a las prestaciones no ejecutadas” en contratos de tracto sucesivo. La alteración *subjetiva* no es relevante.

86. Las medidas adoptadas como consecuencia de la pandemia podrían provocar un incremento de los costes que el deudor ha de afrontar para cumplir con su prestación, debido, por ejemplo, a las restricciones a la exportación de materiales de protección impuestas por las autoridades de un país, que obligan a adquirir aquellos en otro lugar y a un mayor precio; o por la subida en los costes de extracción o producción de la materia prima que el deudor necesita para manufacturar el objeto debido y provocada, por ejemplo, por una restricción obligatoria del número de trabajadores (*Nota*, n. 36).

87. En cuanto al desequilibrio sobrevenido por razón de la disminución o pérdida del valor de la prestación que se recibe por el acreedor, los ejemplos de la *Nota* son sin duda iluminadores y recurrentes: el arrendatario de un local dedicado a restaurante se ve obligado a pagar íntegramente la renta estipulada cuando debe limitar o incluso cambiar su actividad (solo puede servir comida para llevar, o debe reducir el aforo) por razón de las medidas impuestas por la autoridad pública. O un club de fútbol debe seguir abonando los elevados salarios convenidos inicialmente, cuando los partidos de fútbol pasan a desarrollarse sin espectadores, privando al club de un alto porcentaje de sus ingresos<sup>150</sup>.

88. Conviene recordar, no obstante, que el desequilibrio por razón de la pérdida de valor de la prestación que se recibe comprende, en los *Comentarios* al art. 6.2.2, dos supuestos: de un lado, la que deriva de circunstancias generales del mercado y apreciable objetivamente (por ejemplo, en caso de drástica inflación y su repercusión sobre el precio acordado); de otro, la frustración del propósito concreto que justifica la celebración del negocio; el ejemplo es la prohibición de edificar en la finca adquirida para esta finalidad. En este segundo caso, se dice, es necesario que el propósito contractual frustrado hubiere sido conocido (o debido conocer) por ambas partes.

89. El equilibrio alterado es el que media entre prestación y contraprestación en un contrato sinalagmático y, en este sentido, la noción es similar a la utilizada en otras propuestas de Derecho uniforme<sup>151</sup>. La desproporción entre ambas resulta de la comparación actual, en un contexto de mercado muy distinto al presente en el momento de contratar. La carga puede resultar especialmente ruinoso para el deudor enfrentado a la subida vertiginosa y acaso disparatada del coste de su propio cumplimiento,

---

*experiencia*”, por lo que la parte compradora con precio aplazado “suele concertar un contrato de seguro que cubra el siniestro descrito, a fin de evitar la insolvencia a que se ha hecho mención”. Pero todo ello sin dejar de recordarle a la parte demandante que todavía podría optar por la resolución del contrato, conforme al art. 1124 CC.

<sup>150</sup> La *Nota* advierte (ap. 37 y nota 22) que, como siempre, apreciar la excesiva onerosidad se sujeta a un atento examen de todas las circunstancias, y en el análisis del ejemplo del club de fútbol habría que considerar otros ingresos procedentes de fuentes alternativas.

<sup>151</sup> PECL, art. 6:111. DCFR, art. III.- 1:110.

mientras que el envilecimiento de la prestación que se recibe, al menos para el deudor/comprador o arrendatario, contará siempre con el techo del precio pactado en el contrato, aunque su importe se considere ahora desproporcionado, debido a la pérdida de valor de lo obtenido a cambio<sup>152</sup>.

90. Los Principios Unidroit, en definitiva, incluyen en la *hardship* supuestos heterogéneos que abarcan tanto la excesiva desproporción económica entre las recíprocas prestaciones de las partes, derivada de circunstancias objetivas de mercado, como la frustración del concreto propósito para cuya consecución se llegó al contrato; caso este último incluido como un ejemplo de pérdida de valor de la prestación recibida por el *accipiens*. Acaso por esta razón, entre los requisitos adicionales enunciados en los PICC, nada se diga sobre limitar la noción de *hardship* a los contratos de tracto sucesivo, aunque en el *Comentario* se advierta que será el supuesto normal de aplicación. La frustración del propósito concreto común o, al menos, del objetivo esencial de una de las partes, conocido y compartido como base del negocio por la otra, se suscitará con frecuencia, en cambio, en contratos de tracto único.

### 3. La doctrina *rebus* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

91. La ausencia de una norma que establezca los presupuestos y efectos del desequilibrio contractual provocado por una alteración sobrevenida de las circunstancias nos remite a los requisitos reiterados en una extensa jurisprudencia, que, a pesar de su falta de plasmación legal y a fuer de repetidos, han adquirido una suerte de valor codificado<sup>153</sup>.

Sirva de ejemplo lo manifestado en la STS de 17 noviembre 2000<sup>154</sup>, que contiene una ajustada y concisa descripción sobre el régimen jurídico de la *rebus*, con cita de los hitos jurisprudenciales más relevantes. Sentencia que se trae ahora a colación porque el TS entiende que su propia doctrina “*se acomoda, en cierto sentido, al concepto de ‘hardship’, acogido en los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales (Roma-1995), al declarar que concurre cuando sucesos posteriores, no razonablemente previstos, imponen una excesiva onerosidad*”. Según esta doctrina, “*para que proceda la referida cláusula en los contratos duraderos, según la jurisprudencia reiterada de esta Sala [...] se parte de que, no obstante apoyarse en principios de equidad, su aplicación por los Tribunales ha de hacerse cautelosamente y con moderación y así sólo procede cuando se cumplen los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, y vienen a consistir en que se produzca alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación a las previstas al tiempo de su celebración, tratándose por tanto de circunstancias imprevisibles por completo, y que vienen a actuar aportando una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo, que aniquila el necesario equilibrio de las prestaciones, otorgándose a la referida cláusula efectos modificativos del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado –lo que supone plantear demanda o, en su caso, su petición por vía reconventional–, pero no autoriza la extinción o resolución de la relación por la alteración sobrevenida de la base negocial, lo que cabría considerar teóricamente si se diera desaparición total de dicha base, determinante de imposibilidad plena en el cumplimiento de las prestaciones*”.

92. La *rebus sic stantibus* se utiliza por el TS como síntesis de los requisitos necesarios para apreciar la relevancia del desequilibrio sobrevenido, y como equivalente de otras teorías o fundamentaciones identificadas, en ocasiones, por referencia a su país de origen: excesiva onerosidad sobrevenida (Italia), imprevisión (Francia), base del negocio (Alemania).

<sup>152</sup> De ahí que, como ha sido reiteradamente señalado, habría mayor inclinación a proporcionar alivio al deudor frente a costes disparados y una pérdida en teoría ilimitada que, correlativamente, proporcionan al acreedor una ganancia inesperada, de mantenerse incólume el precio inicialmente acordado. En este sentido, TREITEL, G.H., *Frustration and Force Majeure*, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, London, 2014, p. 273. EISENBERG, M.A. “Impossibility, Impracticability and Frustration”, en *Journal of Legal Analysis* n° 207, 2009, p. 238.

<sup>153</sup> Desde que se formularon en la STS 17 mayo 1957 (RJ 2164).

<sup>154</sup> RJ 9343.

93. En casi cien años de jurisprudencia ha sido sin duda excepcional apreciar la concurrencia de esa desproporción “inusitada y exorbitante”. Los mayores costes que deba afrontar el deudor para procurar su propia prestación, así como la desproporción sobrevenida entre el valor de lo que recibe y lo que entrega a cambio, o bien se habrá atribuido causalmente a un evento acaecido en su propia esfera de control, o bien se imputará a las vicisitudes del mercado y la evolución de la economía, considerados un riesgo general de la vida que cada parte asume, para mal o para bien<sup>155</sup>.

94. Las hipótesis de frustración del fin o propósito concreto – que en los PICC también constituye un supuesto de *hardship* como pérdida de valor de la prestación que se recibe- en ocasiones se han resuelto de modo favorable a la parte perjudicada con base en la invocación y admisión de la doctrina *rebus*. Pero, con mayor frecuencia, y probablemente de modo más ajustado a los instrumentos técnicos de nuestro sistema, se han abordado prescindiendo de –o incluso rechazando- aquella doctrina y acudiendo a los remedios jurídicos asociados a la caída de la causa subjetiva concreta (o motivos causalizados) o a la sobrevenida inutilidad del objeto para satisfacer el interés del acreedor (error vicio<sup>156</sup>, imposibilidad económica, hecho obstativo que de manera definitiva impide la obtención de lo debido en virtud del contrato).

### A) La excesiva onerosidad sobrevenida en puertas del Covid-19

95. El supuesto de hecho de la *rebus* ha sido el de la “*desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones de las partes*”<sup>157</sup>; una desproporción “*exorbitante, fuera de todo cálculo que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilamiento del equilibrio de sus prestaciones*”<sup>158</sup>. Una “*técnica para enmendar el desequilibrio de las prestaciones a lo largo del tiempo en que deban cumplirse*”<sup>159</sup>.

96. La STS de 17 enero 2013<sup>160</sup>, con el telón de fondo de una grave crisis económica, se mantiene en la misma línea en cuanto a la caracterización del evento que puede desencadenar la aplicación de

<sup>155</sup> Ejemplo de esa admisión cuasi excepcional son dos sentencias en las que las alteraciones de valor se encuentran ligadas a conflictos bélicos o a la crisis subsiguiente. La STS de 18 marzo 1929 (C.L. J.C. 1929, nº 93, pp. 463-471) acude a la interpretación del contrato para decidir que la moneda “marcos” en la que debía hacerse el pago no podía entenderse referido a “marcos papel”, con independencia de su valor, sino a moneda “metálica”: “*Ni en buenos principios de moral contractual ni conforme a estricta justicia es lícito sostener que pueda reputarse legalmente cumplido un contrato por el que estando obligada una de las partes a satisfacer a la otra determinada cantidad, trate de efectuarlo en moneda o signo representativo de ella que por efecto de su depreciación carezca en absoluto de valor...pues ello equivaldría a desnaturalizar por completo la índole de un contrato esencialmente oneroso, que por serlo no permite términos de cumplimiento tales que resulte beneficioso para uno de los contratantes y notoria y totalmente perjudicial para el otro, convirtiéndolo en aleatorio, sin que lo autorice ni el texto ni el sentido de cláusula alguna contractual*”.

La famosa STS 13 junio 1944 (RJ 893 y 893 bis) en primera sentencia desestima la extinción de la obligación genérica de entregar una cantidad de aceite de orujo, aunque el vendedor alegaba la destrucción de las existencias que tenía preparadas en 1936, habiéndose anticipado el pago. El cumplimiento se exigía, sin embargo, cuando, después de la contienda, el valor del aceite debido se había incrementado extraordinariamente, en relación con el precio originariamente pactado y ya pagado. La segunda sentencia, dictada por casación de la recurrida, modera la prestación reduciendo la cantidad de aceite a entregar. Se procede “*con gran cautela y notoria justificación*”, por la “*anormalidad provocada por la guerra*”. El quebranto “*por la desvalorización de la moneda y por aumento del precio del aceite en más de un 50 por 100 del valor de la mercancía (...) debe repartirse entre comprador y vendedor, pero no precisamente por mitad, sino conjugando los múltiples factores que concurren en el caso de autos*”.

<sup>156</sup> Por ejemplo, la STS de 3 noviembre 2014 (RJ 5273), aprecia error excusable de la promotora cesionaria en contrato de cesión de solar por obra futura, pues los datos erróneos los suministraba la propia Administración.

<sup>157</sup> STS de 12 junio 1956 (RJ 2485).

<sup>158</sup> STS de 17 mayo 1957 (RJ 2164).

<sup>159</sup> STS de 1 marzo 2007 (RJ 1618), en la que se añade: “*Bajo la indicada forma o bajo fórmulas doctrinales más evolucionadas, como son presuposición, excesiva onerosidad sobrevenida o la base del negocio se refiere fundamentalmente a relaciones de tracto sucesivo, aunque no se descarta en las de tracto único pero de ejecución diferida, pero siempre con cautela y en casos excepcionales, por alteraciones extraordinarias, y circunstancias imprevisibles, sin otro medio para impedir el perjuicio, y con efectos fundamentalmente modificativos para compensar el desequilibrio*”.

<sup>160</sup> RJ 1819. Esta sentencia forma parte de un conjunto de resoluciones – de los años 2012 y 2013, fundamentalmente- que abordan, en esencia, el mismo problema. Una compraventa inmobiliaria, cuyo precio el comprador esperaba financiar mediante

la *rebus*: una alteración sobrevenida que “*sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato*”. Descripción reiterada en la STS de 9 enero 2019, que subraya la cautela en su aplicación<sup>161</sup>.

97. Las SSTS de 30 junio y 15 octubre 2014<sup>162</sup> marcaron un punto de inflexión, al propugnar “*una configuración plenamente normalizada*” de la *rebus*, no restrictiva o excepcional como antes, que obtendría, se dice, su “*fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de la buena fe*”. Se llega incluso a afirmar que la conmutatividad, “*más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, art. 1289 CC*”, “*se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula rebus sic stantibus*”. La parte perjudicada, profesional con experiencia en el sector, alegaba en ambos casos la incidencia de la crisis económica sobre la relación contractual y la disminución de los rendimientos esperados, pretendiendo una reducción de su propia deuda, con acogida favorable por el Alto Tribunal.

98. No obstante, y como manifestación de aquella “*normalidad de la figura*”, el Supremo citó en apoyo de sus argumentos los textos de “*armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos*”, con referencia expresa a los Principios Unidroit, además de a los PECL y a la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación (art. 1213 PMCC). Y dijo que aquella “*configuración normalizada*” o “*normal aplicación*” habría de tener lugar en “*el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por sí, ya garantizan una prudente aplicación de la figura*”.

99. Es discutible, empero, que el TS fuera en esta ocasión consecuente con el entendimiento de esos “*presupuestos y requisitos de aplicación*” que resultan de los textos citados y como manifestación de esa normalidad<sup>163</sup>. En sentencias posteriores se hace también referencia a las “*propuestas o proyectos de textos internacionales*” como los PICC o los PECL, y se alude a su utilización por la jurisprudencia como criterio interpretativo de las normas de Derecho interno. Pero esto no implica abandonar la cautela que deriva de la necesidad de preservar la fuerza vinculante del contrato como regla de la autonomía privada y, de modo correlativo, del análisis sobre la concurrencia o no de sus presupuestos de aplicación, de inevitable valoración concreta y circunstanciada<sup>164</sup>.

100. Las sentencias de 30 junio y 15 octubre de 2014 han provocado acertadas críticas de la doctrina. Amén de las que cabe dirigir a algunos de los argumentos que se esgrimen por el Supremo para

---

la subrogación en (u obtención de) un préstamo con garantía hipotecaria sobre el propio inmueble. Un cauce habitual en los años anteriores, cegado o muy limitado con el estallido de la burbuja inmobiliaria y la restricción del crédito. El comprador intentaría entonces la resolución del contrato y su propia liberación alegando, bien la imposibilidad de obtener dicha financiación, bien (de manera cumulativa o subsidiaria) la doctrina de la *rebus sic stantibus*. El TS, sin embargo, solamente estimaría dicha pretensión resolutoria cuando pudiese afirmar el *incumplimiento del vendedor*, que se habría obligado a proporcionar a favor del comprador consumidor el concreto resultado de la subrogación, como ocurre en las SSTS de 16 enero 2013 (RJ 3254), 12 abril 2013 (RJ 3385), 26 abril 2013 (RJ 3268). De no darse esta circunstancia, la ausencia de financiación será considerada, en principio, riesgo del deudor. V. *infra*, III.3. C).

<sup>161</sup> RJ 5. El contrato, por lo demás, era una inversión en bonos que la propia sentencia describe como de contenido fuertemente especulativo y aleatorio.

<sup>162</sup> RJ 3526 y 6129. El ponente de ambas, Excmo. Sr. Orduña Moreno, incorpora las ideas que había desarrollado en ORDUÑA MORENO, F.J./ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M<sup>a</sup>., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 248 y ss.

<sup>163</sup> RAVENTÓS SOLER, A./ LUNA YERGA, A./ XIOL BARDAJÍ, M., “Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015: al rechazar el TS la excepcionalidad de la figura, frente al principio de vinculación contractual, “parece confundir dos planos: el del normal reconocimiento de la figura y el de la normalidad de su aplicación”. Aunque el TS haga referencia a la prudente aplicación de la *rebus*, “se echa de menos una mayor claridad expositiva”.

<sup>164</sup> STS de 9 enero 2019 (RJ 5).

construir una doctrina general sobre la figura y fundamentar la mentada “normalización” de la *rebus*<sup>165</sup>, las dudas conciernen, en primer lugar, a si efectivamente concurría la premisa de excesiva onerosidad provocada por la crisis económica en los casos bajo examen<sup>166</sup>. Tampoco parece claro el carácter imprevisible de las circunstancias que mermaron la rentabilidad del contrato para una de las partes y, sobre todo, se echa en falta al menos una mención a los criterios legales de distribución del riesgo presentes en el CC y de los que cabría derivar reglas generales aplicables en el tipo de contrato litigioso. En cuanto a la efectiva incidencia de la crisis y su carácter imprevisible, la parte perjudicada era persona con dilatada experiencia en el sector, con un contrato que, en un caso, era de duración relativamente breve y había entrado ya en el último año pactado (en la STS de 30 junio 2014), mientras que, en el otro, contaba con mecanismos de salida a favor del arrendatario, tras un periodo mínimo de duración obligatoria (transcurridos los diez primeros años de un total de 25, en la STS de 15 octubre 2014), si el contrato dejaba de interesarle<sup>167</sup>. En lo que hace a la naturaleza del contrato y la distribución legal del riesgo, sorprende que ni siquiera se cite el art. 1575 CC, que suministra un criterio para la rebaja de la renta en el contrato de arrendamiento, en caso de “*pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos*”, salvo pacto en contrario<sup>168</sup>.

**101.** La jurisprudencia posterior ha matizado algunas de las afirmaciones de las sentencias de 2014, con cierta recuperación de los presupuestos en su enunciado jurisprudencial tradicional<sup>169</sup>. Sobre todo, se observa un especial cuidado en analizar y explicitar cuáles son, en el caso litigioso, los criterios de distribución de los riesgos entre las partes en atención a lo que resulte de la ley y de la interpretación del contrato, como premisa y guía necesaria para determinar si los acontecimientos sobrevenidos sustentan o no una pretensión de modificación o de resolución del contrato<sup>170</sup>. La STS de 15 enero 2019<sup>171</sup> lo resume claramente en los siguientes términos: “*Debe tenerse en cuenta que, si bien en las sentencias que cita el recurrente se aplicó con gran amplitud la regla ‘rebus’, con posterioridad por esta sala ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato*”.

<sup>165</sup> En relación con el particular entendimiento del TS acerca de la conmutatividad de los contratos como regla de economía contractual y justificación de la *rebus*, observa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la STS de 30 de junio de 2014”, en *CCJC*, n. 97, 2015, pp.345-367, p. 365, que se desliza la cláusula *rebus* a una función preocupante porque se convertiría en “garante de las expectativas iniciales de las partes” “en el momento de perfeccionarse el contrato”. En situaciones de alteraciones de mercado se convertiría en “una red de seguridad para el empresario perjudicado por las mismas”. La conmutatividad “no es garantía de un buen precio ni para el vendedor ni para el comprador”.

<sup>166</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ibidem*, en relación con el criterio que se deriva del art. 1575 CC, y a la vista de las pérdidas de la empresa perjudicada en un contrato de explotación de la publicidad incluida en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, celebrado en mayo de 2006, con una duración de cuatro años, y posteriormente modificado en el año 2007. Fue a principios de 2009 cuando se alegó la sobrevenida onerosidad del canon estipulado por razón de la drástica disminución, se dice, de las inversiones publicitarias y el descenso de facturación de la empresa obligada al pago. La EMT había procedido a la resolución del contrato por impago, pretensión estimada por la Audiencia, con rebaja, no obstante, de la indemnización pretendida, con argumentos sobre la crisis económica, y el hecho de haberse acordado un canon inferior en un nuevo contrato de adjudicación celebrado por la propia EMT, amén de que podría haber mitigado su propio daño. El TS, en cambio, entendió que procedía la pretensión de modificación del canon estipulado.

<sup>167</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos” en *InDret*, 4/2015, pp. 1-54, p. 23.

<sup>168</sup> CARRASCO PERERA, A., “Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*. Comentario a la STS de 15 de octubre de 2014”, en *CCJC*, n.98, 2015, pp. 175-206. Del art. 1575 CC deduce, además, varias reglas: “Hay un elenco de contingencias desequilibradoras sobrevenidas que siempre han de reputarse ordinarias, en la esfera de riesgo del deudor”; “hay una frontera por debajo de la cual el riesgo extraordinario no puede ser externalizado por el deudor en el acreedor: ‘menos de la mitad de los frutos’”; y “por hundimiento del equilibrio contractual debido a la realización del riesgo (insólito) del negocio, no tiene el arrendatario del art. 1575 CC derecho a una rebaja de la renta”. El precepto se trae a colación, sin embargo, en la muy correcta STS de 15 enero 2019 (*RJ* 146): el asunto aquí también es un contrato de arrendamiento y las circunstancias son similares. La disminución de los rendimientos en la explotación del hotel no puede desplazarse sobre la otra parte, porque este riesgo, “*al proceder del deterioro de la situación económica y las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de la arrendataria, una empresa dedicada a la gestión hotelera*”.

<sup>169</sup> STS de 9 enero 2019 (*RJ* 5).

<sup>170</sup> SSTS de 20 julio 2017 (*RJ* 3653), 15 enero 2019 (*RJ* 146), 5 abril 2019 (*RJ* 1360); SSTS 452/2019, de 18 julio (*RJ* 3010) y 455/2019, de 18 julio (*RJ* 3599), 6 marzo 2020 (*RJ* 879). Sobre los criterios de asignación de riesgos que se reflejan en estas sentencias, v. *infra*, III.5 C) y D).

<sup>171</sup> STS de 15 enero 2019 (*RJ* 146).

**102.** La *rebus*, ciertamente, no puede ser considerada un elemento extraño al sistema, entendida como técnica o argumento de decisión en casos de alteración extraordinaria de las circunstancias, goce o no de sanción legal expresa. Su tradicional aplicación excepcional o cautelosa surgió probablemente como respuesta a una desmedida tendencia a propugnar su aplicación en contratos entre empresarios, a modo de válvula de escape de una de las partes para evitar la incidencia negativa en su posición contractual de circunstancias generales del mercado relevante, o provocada por la evolución de la economía en general. Circunstancias o evolución que, de modo correlativo, mejoraban la posición de la otra parte cubierta - precisamente mediante el contrato y como una de sus funciones primordiales- frente a ulteriores oscilaciones de valor de las respectivas prestaciones. El punto de partida es la vinculación del deudor a lo pactado, aunque la prestación haya devenido más onerosa. De ahí que, como expresa la jurisprudencia, deberán explicarse “*las concretas razones por las que en el caso debe desplazarse a la otra parte*” la disminución de los rendimientos de la parte demandante<sup>172</sup>. Los razonamientos empleados para justificar esta cautela, como veremos más adelante, no difieren en esencia de los requisitos exigidos en los Principios Unidroit para que una de las partes invoque en su favor la *hardship*.

**103.** Hay, además, otro elemento relevante que la jurisprudencia toma en consideración al enjuiciar la respectiva posición de las partes, aunque no suele explicitarlo cuando enuncia los requisitos de la *rebus*. Para calibrar el perjuicio alegado por una de ellas, habrán de ser también valoradas las ayudas públicas o subvenciones recibidas, o, en su caso, las ventajas obtenidas, precisamente a raíz de los mismos eventos causantes del desequilibrio<sup>173</sup>.

## **B) La frustración del fin del contrato**

**104.** Como es bien sabido, uno de los casos recurrentes en la jurisprudencia se relaciona con los avatares de la legislación urbanística y su incidencia sobre la rentabilidad esperada por el comprador o por el cesionario de solar por obra futura. También comparece en contratos de arrendamiento, cuando eventos externos al propio contrato (por ejemplo, la no obtención de las licencias administrativas precisas, o del permiso de la comunidad de vecinos) impiden de manera definitiva desarrollar en el local arrendado la actividad o el negocio propio del arrendatario.

**105.** El problema ahora suele enfocarse en torno a la determinación del contenido de la prestación debida, empezando por averiguar si el acuerdo incorporó a cargo del deudor la efectiva satisfacción de aquel específico interés; asunto que a su vez depende del tipo y naturaleza del contrato, de la condición de profesionales de los contratantes y de la correcta interpretación de la voluntad común<sup>174</sup>. Cuando la respuesta sea afirmativa, la falta de obtención de aquella finalidad se sitúa generalmente en el terreno del incumplimiento o de la imposibilidad con trascendencia resolutoria. Si se aprecia, en cambio, que el riesgo estaba asignado al *accipiens*, tampoco servirá la doctrina *rebus* para resolver el contrato o rebajar el precio por un supuesto envilecimiento de la prestación cuando la posterior crisis económica provoca la caída o ralentización de, por ejemplo, la expectativa de desarrollo urbanístico de la zona<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> STS de 15 enero 2019 (RJ 146). En el caso, la disminución de los rendimientos de la explotación de un hotel, riesgo que, según el Supremo, “*al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de la arrendataria, una empresa dedicada a la gestión hotelera*”.

<sup>173</sup> V. la doctrina y la jurisprudencia que se cita en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, “Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias”, en González Pacanowska, Isabel, y García Pérez, Carmen L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 188 y ss.

<sup>174</sup> STS de 22 julio 2013 (RJ 5005).

<sup>175</sup> La STS de 24 febrero 2015 (RJ 1409), aunque reitera la doctrina de las sentencias del mismo ponente sobre la normalización en la aplicación de la doctrina *rebus*, decide que, en atención a la “*asignación contractual del riesgo*”, pese a que la parte vendedora era conocedora de la finalidad urbanizadora que impulsaba la celebración del contrato, no podía estimarse que la “*posible fluctuación posterior del valor de mercado, ya al alza o a la baja, que podía afectar a las fincas objeto de la venta, quedase excluida del riesgo normal o inherente que debía asumir la parte compradora, conforme a la naturaleza y el contenido*”.

**106.** Ahora bien, generalmente, cuando no se proporciona a una de las partes lo que tenía legítimo derecho a esperar en virtud del contrato, se abre el abanico de remedios propios del incumplimiento. La salida natural en este tipo de situaciones es la resolución del contrato. Dicha pretensión será estimada, con independencia de que aquella frustración sea o no imputable, siempre que se haya establecido como premisa que efectivamente incumbía al deudor garantizar la utilidad o la finalidad perdidas. Los tribunales aluden aquí con frecuencia a la desaparición de la base del negocio o de la causa concreta del mismo, habiéndose incluso considerado “extravagante” el recurso a la *rebus* y a su efecto característico de adaptación o modificación del contrato, cuando la prestación recibida no responda en absoluto o deje luego de servir (en contrato de tracto sucesivo) a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato<sup>176</sup>.

### C) Crisis y dificultades económicas del deudor

**107.** Aunque sobre esto no se pronuncian los PICC, ni se alude a ello en la *Nota*, la crisis económica subsiguiente a la pandemia podrá plantear, de nuevo, la aplicación de la doctrina sobre la excesiva onerosidad a situaciones de sobrevenida dificultad económica del deudor. La insolvencia del deudor en el contexto COVID deberá ser resuelta, en primer término, por las normas sobre el concurso de acreedores<sup>177</sup> y mediante la aplicación de las medidas legislativas específicas orientadas a personas que se encuentren en la situación de vulnerabilidad que la propia norma describe<sup>178</sup>. Nótese que el devenir de los acontecimientos puede haber convertido el cumplimiento de lo debido en una carga insoportable para un deudor que, por circunstancias sobrevenidas, afronta graves problemas de liquidez o ha visto frustradas sus expectativas de financiación. Lo cual no significa, como regla general, un correlativo desequilibrio *fundamental y objetivo* entre las prestaciones, en el sentido antes descrito.

**108.** Respecto del problema de ausencia de financiación, los tribunales han sido, en general, reacios a estimar la pretensión del deudor *profesional* de apartarse del contrato alegando que la subvención o financiación que habría de proporcionar un tercero era un presupuesto básico para la decisión de contratar, o que su ausencia ha mermado significativamente la rentabilidad esperada<sup>179</sup>. Un asunto recurrente en los últimos años afecta al comprador de un inmueble, que confiaba en obtener la subrogación en el préstamo hipotecario otorgado al vendedor o en su nueva contratación; esperanza frustrada por la imprevista restricción del crédito a raíz de la crisis. Descartado el argumento de la imposibilidad sobrevenida en deuda pecuniaria, el TS apuntó en este terreno la posible invocación de la *rebus*, en atención a diversos condicionantes: el destino del inmueble, la asignación contractual del riesgo, la situación económica del comprador, el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas, o, en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor con objeto de mantener el contrato<sup>180</sup>.

---

*negocial del contrato celebrado*”. Lo que se deduce de la interpretación del contrato, así como de la comparación con otros supuestos en los que un concreto desarrollo urbanístico se integra como condición o elemento esencial del acuerdo o como factor determinante para el precio. La crisis por sí sola no es suficiente para justificar la *rebus* y, se añade, no se ha acreditado una excesiva onerosidad en cuanto al precio o su financiación, ni un envilecimiento del valor de la prestación: el desarrollo urbanístico es viable y, “como riesgo empresarial”, dependerá del “contexto económico”.

<sup>176</sup> Sobre esta jurisprudencia, tanto en contratos de arrendamiento de cosas, cuando la cosa arrendada no puede utilizarse para la finalidad pactada (se trate de imposibilidad inicial o de imposibilidad sobrevenida, incluso económica) y aunque sea por causas ajenas al arrendador, como en contratos de compraventa, cuando se frustra lo que en el caso se describe como el motivo causalizado, integrado por la voluntad común como base del contrato, v. la doctrina y la jurisprudencia que se cita en GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Alteración...”, cit. pp. 171, 194 y ss.

<sup>177</sup> En relación con la solicitud de declaración de concurso, el art. 6 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia (modificado por RD Ley 34/2020, de 17 de noviembre, Disp. Adic. 10ª, apartado 3) traslada el deber de solicitarlo hasta el 14 de marzo de 2021.

<sup>178</sup> V., sobre las medidas en beneficio de sujetos vulnerables en distintos ámbitos, *supra*, I.2, aps. 7 y ss., así como las modificaciones del RD Ley 11/2020, de 31 de marzo, introducidas por RD Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda.

<sup>179</sup> SSTs de 4 julio 1996 (RJ 7032), 20 mayo 1997 (RJ 3890), 23 junio 1997 (RJ 5201), 14 junio 1999 (RJ 4105), 17 noviembre 2000 (RJ 9343) y 18 enero 2012 (RJ 2013, 1604).

<sup>180</sup> STS de Pleno de 17 enero 2013 (RJ 1819).

**109.** Pero el TS no ha llegado a aplicar la cláusula para estimar la resolución instada por el comprador. El triunfo de esta pretensión ha ido siempre ligada al *incumplimiento* del vendedor, cuando de la interpretación del contrato resultase su obligación de garantizar el resultado de la financiación. En los casos de dificultades de financiación “*no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula rebus*”, concluye en definitiva la STS de 13 julio 2017, con exhaustiva exposición de la jurisprudencia anterior<sup>181</sup>.

#### **4. Las circunstancias sobrevenidas y su incidencia causal sobre la excesiva onerosidad**

**110.** La *Nota*, en aras de simplificar la tarea, reúne todas las circunstancias en dos grupos: la pandemia en sí misma, y, “lo que es más importante por su efecto sobre la ejecución del contrato, las medidas adoptadas para contenerla” (ap. 12). Mas, como enseguida advierte, “todo es una cuestión de grados de causalidad”. La pandemia en sí es causa de impedimentos y cambios de circunstancias<sup>182</sup>, muchos de los cuales, a su vez, serán creadas por las medidas de contención; medidas que, con distinta intensidad, pueden repercutir en el incremento del coste de la prestación propia o la pérdida de valor de la que se recibe. Muchos de los problemas que afecten a la ejecución del contrato, añade la *Nota*, “estarán causados por una crisis económica derivada, primero de la pandemia, y, posteriormente, de las medidas aplicadas para contenerla”.

**111.** La experiencia de la crisis económica de 2008 nos permite distinguir en la jurisprudencia española, *grosso modo*, dos tipos de situaciones. La primera es la propia de la *rebus*: el desequilibrio *fundamental* entre las recíprocas prestaciones, en cualquiera de los dos sentidos ya analizados, que podría desencadenarse a raíz de las causas antes enunciadas. La segunda, la disminución de los ingresos del deudor, generalmente de obligación pecuniaria, por razón de la crisis económica, en particular por el cierre de la vía de la financiación o de la subvención con la que contaba, en el momento de la celebración del contrato. Como antes hemos visto, el TS anunció la posible aplicación de la doctrina *rebus* para aliviar la falta de liquidez del deudor no profesional, pero solamente llegó a estimar la pretensión resolutoria allí donde pudiera apreciarse que el vendedor había asumido el riesgo de la sobrevenida ausencia de financiación.

**112.** Otra de las enseñanzas de la reciente jurisprudencia es que una crisis económica, aunque sea hecho notorio y generalizado, no es, por sí sola, justificante de la *rebus*. Incluso cuando se trate de una crisis de carácter extraordinario y prolongado, no se ha postulado por ello una aplicación generalizada ni automática; será en todo caso necesario “*que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate*”<sup>183</sup>.

#### **5. Los requisitos adicionales para invocar la excesiva onerosidad en los Principios y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aplicación en tiempos de crisis COVID**

**113.** El art. 6.2.2 de los Principios establece cuatro requisitos adicionales que, hasta cierto punto, se implican recíprocamente y, en realidad, no difieren de los que enuncia el TS, con terminología más ajustada a nuestro sistema.

<sup>181</sup> Sobre esta jurisprudencia y con mayor desarrollo, v. la doctrina y la jurisprudencia que se cita en GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Alteración...”, cit., pp. 203 y ss. V., además, SSTS de 19 mayo 2015 (*RJ* 3118) y 30 diciembre 2015 (*RJ* 5874). De especial interés es la STS de 13 julio 2017 (*RJ* 3962), que recoge toda la jurisprudencia anterior, y explica que las partes pueden atribuir el riesgo de la falta de financiación al vendedor, y que así ocurre cuando este asume contractualmente el compromiso de procurar al comprador la financiación.

<sup>182</sup> Por ejemplo, el inevitable descenso en la demanda de determinados bienes y servicios por razón de la enfermedad misma o del confinamiento voluntario, por el temor a contraerla. V. CARRASCO PERERA, “Alquileres...”, cit., p. 7.

<sup>183</sup> Entre las más recientes, SSTS de 5 abril 2019 (*RJ* 1360), 11 diciembre 2014 (*RJ* 6374), 24 febrero 2015 (*RJ* 1409) y 30 junio 2014 (*RJ* 3526).

## A) Circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato

**114.** El art. 6.2.2 (a) PICC exige, para empezar, que los eventos causantes de la excesiva onerosidad sobrevengan o lleguen a ser conocidos por la parte perjudicada después de la celebración del contrato. En el *Comentario* se relaciona esto con lo dicho a continuación en el art. 6.2.2 (b): que “*los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte perjudicada en el momento de celebrarse el contrato*”. Si habían ya tenido lugar y eran conocidos, no podría concurrir la falta de previsibilidad.

**115.** La *Nota* incide, como ya hemos expuesto, en los factores de tiempo y lugar de la celebración del contrato<sup>184</sup>. En lo que hace a poder alegar la *hardship*, “las medidas de confinamiento que causan la excesiva onerosidad deben, ante todo, haber tenido lugar o haber sido conocidas por la parte perjudicada *después de la celebración del contrato*”. No se descarta que, en función de las circunstancias del caso, pueda merecer un análisis más detenido fijar el momento de “superveniencia” del evento, para dar cumplimiento a este requisito. A efectos de considerar relevante, por ejemplo, una diferencia entre la adopción de las medidas de confinamiento subsiguientes a la pandemia y su efectivo conocimiento por la parte perjudicada. Diferencia que, en principio, no se tomará en consideración, por tratarse de medidas legales o, en todo caso, de carácter notorio. Aunque, se añada, podría ser más difícil de evaluar respecto de medidas adoptadas en el extranjero, con incidencia en el contrato celebrado<sup>185</sup>.

**116.** Para el TS ha sido igualmente una constante referir la *rebus* a una “*alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración*”<sup>186</sup>.

En el caso de la COVID, no obstante, el goteo legislativo de los últimos meses, con sucesivas ampliaciones o reformas de normas recién promulgadas, podría provocar incertidumbre sobre la anterioridad o no del evento de que se trate, y cuya incidencia se invoque, respecto de la fecha de celebración del contrato. Como antes hemos señalado, no deberá haber contratos de cierta complejidad que dejen de tener en cuenta la incidencia de las medidas ya adoptadas y la incertidumbre sobre el ulterior desenvolvimiento de la pandemia y sus consecuencias<sup>187</sup>. Probablemente, sea esa misma inseguridad la que podría rebajar esta exigencia temporal, si se relaciona con la imprevisibilidad<sup>188</sup>.

## B) Eventos que no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte perjudicada en el momento de celebrarse el contrato y que escapan a su control

**117.** El art. 6.2.2 exige que los eventos sobrevenidos (b) “*no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte perjudicada en el momento de celebrarse el contrato*” y que (c) escapan a su control.

**118.** Empezando por lo dicho en el art. 6.2.2 (c), la *Nota* (ap. 40) indica que, como es obvio, este requisito se cumplirá: tanto la pandemia como las medidas de contención, obligatorias e impuestas por el

<sup>184</sup> *Supra*, II. 4. C).

<sup>185</sup> *Nota*, cit., ap. 38.

<sup>186</sup> Sobre hechos ya conocidos en el momento del contrato (en el caso, la posterior construcción de una autopista), v. STS de 17 mayo 1986 (*RJ* 2725). Como ejemplo más reciente, STS de 22 enero 2019 (*RJ* 159). También en el art. 1213 PMCC. El desconocimiento de la parte perjudicada tendría su sede en los vicios de la voluntad o, acaso, en el error sobre la causa (art. 1301 CC). Cfr. SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, en *InDret*, n. 4, 2009, pp. 1-60, p. 25.

<sup>187</sup> V. *supra*, II.4 C).

<sup>188</sup> En el sentido expresado por SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 26, sobre el elemento temporal en el art. 1213 de la PMCC, y sobre la modificación de circunstancias originada por causa ya presente en el momento de celebración del contrato: “El cambio latente puede concurrir en el momento de la celebración del contrato y, en tal caso, habrá que estar a la nota de la imprevisibilidad, pues si la alteración, por más que latente en el momento de la celebración, era entonces imprevisible y solo *ex post* se revela como relevante, la latencia misma no obsta a la aplicabilidad de la regla del art. 1213” PMCC.

Estados, estarán fuera del control de las partes contractuales. Sobre este punto nos remitimos a lo dicho en relación con los sucesos extraordinarios que nos ocupan, ajenos a la esfera de control de las partes, sin perjuicio de que cada una habrá de adoptar las medidas procedentes para posibilitar el cumplimiento. Precisamente, la adopción de estas medidas puede ser el detonante del desorbitado desequilibrio<sup>189</sup>.

**119.** En cuanto a la imprevisibilidad del cambio, nos remitimos igualmente a lo expuesto en relación con la fuerza mayor, como hace la *Nota* (ap. 39), reiterando aquí la relatividad del propio concepto<sup>190</sup>, así como los factores que, en la presente crisis, pueden ser relevantes para apreciar su concurrencia<sup>191</sup>. Como bien dice la *Nota* (ap. 39), la solución “dependerá en último término de las circunstancias del caso”, máxime por “el hecho de que las circunstancias sean eventualmente susceptibles de cambiar progresivamente”<sup>192</sup>. Cabe advertir, no obstante, y con proyección más específica sobre la *rebus*, distintas perspectivas en la jurisprudencia, a la hora de deslindar el requisito de la imprevisibilidad y el carácter *extraordinario* de la alteración.

**120.** En primer lugar, se alude a la falta de imprevisibilidad con el fin de descartar el cobijo en la *rebus* de eventos imputables al deudor o pertenecientes a su esfera de control; especialmente cuando se pretende la aplicación de esta doctrina para justificar y eludir las consecuencias del previo incumplimiento propio<sup>193</sup>.

**121.** En muchas ocasiones, lo “radicalmente imprevisible” se solapa con el carácter extraordinario del evento. Se sitúa en el momento de celebración del contrato y se relaciona con lo que entonces, en el curso normal o habitual de los acontecimientos en el contexto de que se trate, era de probable ocurrencia o razonablemente previsible<sup>194</sup>. Desde esta segunda perspectiva, ha sido una constante hacer hincapié en la condición de profesional o experto en el sector, especialmente para rechazar el carácter imprevisible (o extraordinario) de las alteraciones derivadas de las crisis o transformaciones económicas del mercado, generalmente calificadas como eventos comprendidos dentro del *alea* normal del contrato<sup>195</sup>. De ahí también que la trascendencia de la *rebus* sea más probable en contratos de larga duración y de tracto sucesivo, pero “no en un supuesto de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato”<sup>196</sup>.

<sup>189</sup> *Supra*, apartados 38 y 39, y II.4 B).

<sup>190</sup> *Supra*, II.3, en especial apartados 38 y ss. En relación con la *rebus*, v. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit. p. 984: “Aunque la jurisprudencia utiliza la fórmula “circunstancias radicalmente imprevisibles”, este último superlativo no añade sustancialmente nada nuevo. Basta que se haya dado la alteración [extraordinaria] y la desproporción [exorbitante entre las prestaciones]... y que las circunstancias nuevas no fueran *razonablemente previsibles* conforme al estándar de previsibilidad que sea exigible a tenor de la naturaleza del contrato (art. 1283 CC). No hay espacio jurídico entre lo *no razonablemente previsible* y lo *radicalmente imprevisible*”.

<sup>191</sup> *Supra*, II. 3 C).

<sup>192</sup> En el *Comentario* se tiene en cuenta que el cambio puede ser gradual y, en principio, no habría lugar a invocar la *hards-hip* si ya se hubiere iniciado al tiempo de celebración del contrato, aunque desemboque en excesiva onerosidad. La valoración sería distinta si el cambio se acelerase de forma dramática e inesperada después de la celebración del contrato. Algo similar podría predicarse sobre el futuro próximo, dada la inseguridad de la evolución y los vaivenes de su incidencia sobre el mercado y los hábitos de consumo.

<sup>193</sup> Por ejemplo, entre otras, SSTS de 17 mayo 1957 (*RJ* 2164), 21 noviembre 1988 (*RJ* 2228), 16 octubre 1989 (*RJ* 6927), 23 abril 1991 (*RJ* 3923), 29 enero 1996 (*RJ* 737), 15 noviembre 2000 (*RJ* 9214: de admitirse la *rebus* a favor del comprador que había incumplido su obligación de pagar el precio “sería de mejor condición la incumplidora, frente a la que, por haber cumplido, no podría acudir a dicha cláusula”), 27 mayo 2002 (*RJ* 4573) y 11 diciembre 2014 (*RJ* 6374).

<sup>194</sup> Según la STS de 30 junio 2014 (*RJ* 3526) la nota de imprevisibilidad “no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y social en el que incide”.

<sup>195</sup> Entre otras, SSTS de 4 junio 1902 (C.L.J.C. 1902, nº 158, pp. 900-907), 9 mayo 1983 (*RJ* 2678), 24 junio 1984 (*RJ* 3488), 25 enero 2007 (*RJ* 592), 27 abril 2012 (*RJ* 4714). Entre las más recientes, y referidas específicamente a la crisis de 2008, SSTS de 5 abril 2019 (*RJ* 1360), 11 diciembre 2014 (*RJ* 6374), 24 febrero 2015 (*RJ* 1409) y 30 junio 2014 (*RJ* 3526).

<sup>196</sup> STS de 6 marzo 2020 (*RJ* 879): las entidades RTVG y TVG cedieron a la demandante la exclusiva de gestión, promoción y venta de espacios publicitarios para su emisión en radio y tv, y esta, a cambio de una comisión porcentual de los ingresos por

**122.** En tercer lugar, y en relación con la idea del *alea* propio de la naturaleza del contrato, se subraya en contratos calificados como de “*alto contenido especulativo*” que lo imprevisible “*no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual*”<sup>197</sup>. No pueden los inversores “*aceptar los beneficios de la especulación y repercutir a la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, porque es contrario a la buena fe, art. 1258 CC, y viola el art. 1105 CC*”<sup>198</sup>. La jurisprudencia de los últimos años, en esta línea, tiende a subrayar la conexión entre la imprevisibilidad y la asignación legal o contractual de los riesgos<sup>199</sup>. Aspecto este último al que nos referimos en el siguiente apartado, siguiendo el orden en el que aparece este requisito en el art. 6.2.2 de los PICC.

### C) La asunción del riesgo por la parte perjudicada

**123.** El art. 6.2.2 (d) exige, por último, que “*el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte perjudicada*”. En el *Comentario* se refiere esta previsión a la asunción voluntaria de riesgo por la parte perjudicada, ya sea en virtud de una cláusula *ad hoc*, ya sea por la naturaleza del contrato. La importancia de este último elemento ha sido reiteradamente destacada en la doctrina: “*la asignación del riesgo del cambio de circunstancias es el punto crucial de toda doctrina sobre revisabilidad de los contratos*”<sup>200</sup>. Más aún, se ha dicho que lo realmente importante en esta materia no es el modo en el que se pueda enunciar (o no) la regla *rebus*, sino formular las subreglas de distribución del riesgo<sup>201</sup>.

**124.** La jurisprudencia ofrece múltiples ejemplos en los que fracasa la pretensión de modificación del contrato con base en la *rebus* cuando se aprecie que las eventuales variaciones futuras susceptibles de alterar el equilibrio inicial habían sido contempladas por las partes y, por ende, el riesgo había quedado asignado. No nos referimos ahora solo a una cláusula expresa *ad hoc* que contemple un evento específico o determinadas alteraciones en particular (sobre la que volvemos más adelante), sino a aquellas otras de las que resulta la previsibilidad del efecto negativo y su asignación al perjudicado, atendiendo al conjunto de las estipulaciones y al reparto de riesgos y beneficios<sup>202</sup>. La conexión entre “*interpretación del contrato y la doctrina de la rebus sic stantibus es muy estrecha, porque de lo que se trata es de determinar si, en función de la naturaleza del contrato y de lo acordado por las partes, resulta ya una distribución de riesgos a la que deba estarse*”<sup>203</sup>.

**125.** El TS, de algún modo, ya señaló esa prevalencia de la distribución del riesgo que resulte de las cláusulas contractuales en la STS de 6 junio 1959<sup>204</sup>, al añadir a los requisitos tradicionales que “*se*

---

publicidad contratados por su mediación, garantizaba un mínimo anual de ingresos fijos. El contrato tenía una duración inicial de dos años, con prórroga máxima de otros dos. En el primer año de la prórroga la demandante pretendía evitar el canon mínimo fijado, alegando una disminución de la inversión publicitaria, lo que se deniega por el Supremo.

<sup>197</sup> SSTS de 29 octubre 2013 (RJ 8053) y 27 noviembre 2013 (RJ 7874).

<sup>198</sup> STS de 20 julio 2017 (RJ 3653): el demandante era persona experta y “*la expectativa de elevadas ganancias del inversor, se compensaba con la posibilidad de sufrir un severo quebranto económico*”. En asuntos similares, y reiterando la doctrina de las anteriores, STS de 9 enero 2019 (RJ 5).

<sup>199</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 974: “*Como ocurre con el caso fortuito en el art. 1105 CC, la contingencia que dispara la aplicación de la regla rebus ha de ser razonablemente imprevisible para el deudor al tiempo de contratar. Pues un riesgo previsible es un riesgo ya asignado por el contrato a una de las partes*”.

<sup>200</sup> SALVADOR CODERCH, *op.cit.* p. 35.

<sup>201</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., pp. 987 y 1010.

<sup>202</sup> V., entre otras, SSTS de 15 enero 1910 (C.L.J.C. 1910, nº 12, pp. 57-70), 14 diciembre 1940 (RJ 1135) 31 octubre 1963 (RJ 4264: la *rebus*, se dice, no es un remedio para la imprevisión de los contratantes), 23 abril 2012 (RJ 5913), 27 abril 2012 (RJ 4714) y 22 abril 2014 (RJ 2345).

<sup>203</sup> STS de 18 julio 2019 (RJ 3599). Es discutible, con todo, que la cláusula de alteración del precio permita entender también asumido el riesgo de una moratoria de un año impuesta por la ley, en un complejo contrato de transmisión de derechos de explotación de energía generada en huertos solares, afectado en su desarrollo por los cambios legislativos habidos en el país de venta de la energía (Francia).

<sup>204</sup> RJ 3026. El contrato era de arrendamiento de larga duración con opción de compra, celebrado en 1921. La opción se ejercita en 1951. El TS admite la alteración extraordinaria de las circunstancias e incluso la desproporción exorbitante, pero

*careciese de otro medio para remediar el perjuicio*”. Aspecto en el que incide la jurisprudencia reciente: “*la adjetivación de subsidiaria hace referencia, más bien, a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios*”<sup>205</sup>.

**126.** La STS de 15 enero 2019<sup>206</sup> referida a un contrato de arrendamiento de hotel, tiene en cuenta, en particular, dos estipulaciones de frecuente aparición en la jurisprudencia en contratos de arrendamiento de bienes productivos (arrendamiento de minas o canteras, por ejemplo). Dichas cláusulas son, de un lado, la fijación de una renta mínima (además de una proporción variable, en función de la ocupación) y, de otro, una facultad de libre desistimiento, una vez transcurrido algo más de la mitad de la duración del contrato (con pena razonable). Ambas demuestran, según el Supremo, no solo que el riesgo de disminución de ingresos quedaba a cargo de la arrendataria, sino que tenía un mecanismo de salida para amortiguar el riesgo si el negocio no le resultaba económicamente rentable en las condiciones pactadas<sup>207</sup>. En cuanto a la distribución *legal* de los riesgos, la STS explicita aquí los criterios sobre rebaja de la renta que acaso cabría generalizar, deducidos del art. 1575 CC: que el arrendamiento sea de bienes productivos, que la pérdida de ingresos no derive de riesgos del propio negocio, que la pérdida se origine por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos y, por último, que la pérdida de frutos sea de más de la mitad.

**127.** La referencia a la naturaleza del contrato, además de lo ya dicho, tiene un claro exponente en la STS de 18 julio 2019<sup>208</sup>: la *rebus* no consiente la exoneración de los fiadores, aunque la deuda afianzada se hubiere visto afectada por cambios legislativos. El riesgo de que el deudor no pueda pagar es “*un riesgo típico del fiador*” y corría de su cuenta; se recuerda ahora, como ya se hizo para los contratos con alta dosis de aleatoriedad aceptada, que no puede hablarse de alteración imprevisible “*cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato*”, ni aun cuando los fiadores aleguen que no habrían consentido la garantía en las actuales circunstancias<sup>209</sup>.

#### D) Cláusulas específicas sobre asignación de riesgos

**128.** En cuanto a las cláusulas contractuales *ad hoc* y su inserción en los contratos que se celebren a partir de la crisis, se reiteran aquí las consideraciones ya realizadas respecto a la fuerza mayor<sup>210</sup>. A propósito de la *hardship*, la *Nota* (ap. 41) subraya, por lo demás, que “siendo la excesiva onerosidad una injerencia cualificada y excepcional en el principio de distribución de riesgos en el cumplimiento del contrato”, se puede haber excluido su aplicación mediante la asunción del riesgo del cambio de circunstancias de que se trate, “habitualmente de forma expresa, pero también eventualmente de manera implícita, lo que se constataría mediante la interpretación del contrato a la luz de todas las circunstancias”. También en los tiempos del COVID.

---

el contrato contenía una cláusula de estabilización por referencia a moneda extranjera, habiéndose reservado el vendedor la facultad de elegir la moneda más fuerte. El contrato había sufrido varias modificaciones de mutuo acuerdo con subidas de renta, y el incremento de valor se debía también a la inversión realizada por los arrendatarios.

<sup>205</sup> STS de 30 junio 2014 (RJ 3526).

<sup>206</sup> RJ 146. V. MILÀ RAFEL, R., “Cláusula “*rebus sic stantibus*” y contrato de arrendamiento: el riesgo de disminución de la rentabilidad del negocio debe ser considerado propio de la arrendataria”, en *CCJC*, n. 112, 2020.

<sup>207</sup> Una de las críticas de CARRASCO PERERA (“Reivindicación y defensa...” cit.), a la STS de 15 octubre 2014 es que se rebaje la renta con base en la *rebus* cuando por la cláusula de desistimiento, “el arrendatario podía marcharse” “con distintos costes compensatorios en favor del arrendador” y las “penas no eran excesivas”. Y a partir de ahí enuncia la siguiente regla “Si el deudor de contrato a largo plazo pide alteración del acuerdo y no se aprovecha de un derecho de salida a coste razonable (aunque no es gratuito), es probable que esté especulando con futuros tiempos mejores. En este caso, el juzgador debe abstenerse y dejar al empresario especulador a su propio riesgo y ventura”.

<sup>208</sup> RJ 3010. La fianza se había suscrito en garantía de sendos préstamos hipotecarios obtenidos para financiar un proyecto fotovoltaico, cuya base económica, se dice, habría quedado profundamente afectada por el cambio en el régimen jurídico aplicable a la energía solar, sumiendo al sector en una profunda crisis.

<sup>209</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, “Al fin la madre de todas las batallas...” cit., p. 8.

<sup>210</sup> *Supra*, II, 3 E).

**129.** La *Nota* (ap. 45) suministra, de cara al futuro, ejemplos de los contenidos de específicas previsiones que podrían insertarse en el contrato en relación con todos los aspectos del régimen jurídico de la *hardship*: *i*) Cláusulas relativas a cualquiera de los presupuestos y requisitos de la excesiva onerosidad, con mayor o menor detalle en cuanto a circunstancias temporales o espaciales, acaso con períodos de gracia antes de postular la revisión del contrato. O, sobre todo en contratos de larga duración que requieran un considerable nivel de inversión por ambas partes, estas “pueden estar especialmente interesadas en permitir la renegociación”, aunque no se cumplan todos los presupuestos establecidos en los Principios, en particular la previsibilidad, con objeto de redistribuir el riesgo de un futuro acontecimiento similar a la presente pandemia. *ii*) Cláusulas relativas a los efectos de la excesiva onerosidad, para modular o precisar algunos de los aspectos relativos, p. ej., a la renegociación (plazos para instarla o para alcanzar un acuerdo) y su efecto sobre las obligaciones pendientes de cumplimiento. *iii*) Sobre todo, cláusulas más frecuentes en los contratos internacionales, que prevén las consecuencias del fracaso de la negociación: bien la resolución del contrato, bien su continuación en los términos acordados inicialmente, soluciones algo drásticas que a veces sirven de incentivo para la propia renegociación. Pero también la sumisión a “una instancia neutral de resolución de conflictos o a otro órgano decisorio”.

**130.** Las cláusulas de *hardship*, en cualquier caso, también habrán de ser objeto de interpretación<sup>211</sup>. Podría pensarse que toda estipulación de atribución de riesgo de alcance general, y formulada antes de la COVID-19, ha perdido vigencia: una pandemia acaso era imaginable, pero los resultados, en su intensidad y escalamiento, son de ciencia ficción. Con todo, la cláusula ya incluida y con enunciado genérico podría entenderse aplicable también en el desastre actual, al menos en la medida en que el riesgo atribuido a una de las partes hubiera podido ser causado también por otras circunstancias imprevisibles, que no fueron excluidas<sup>212</sup>.

## 6. Los efectos de la excesiva onerosidad

### A) Renegociar. Esa es la cuestión

**131.** La parte perjudicada puede requerir, según el art. 6.2.3 (1), la renegociación del contrato. El requerimiento deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. Pero “*no autoriza por sí mismo a la parte perjudicada para suspender el cumplimiento*” (art. 6.2.3 (2))<sup>213</sup>.

**132.** La renegociación establecida en este precepto es una concreción de los principios de buena fe (art. 1.7 PICC, *Good faith and fair dealing*) y del deber de cooperación (art. 5.1.3 PICC), cuando sea razonable exigir dicha cooperación al efecto de facilitar el cumplimiento de la otra parte. En particular,

<sup>211</sup> A algunos de estos problemas se refiere también la *Nota* (ap. 48), por ejemplo, en relación con la inclusión de listas concretas de acontecimientos calificados como causas de excesiva onerosidad, en los que se puede discutir si son meramente ejemplificativas de una descripción más general, o exhaustivas.

<sup>212</sup> GANUZA/GÓMEZ POMAR (*op.cit.*, p. 581) observan que sin duda los instrumentos y los términos del contrato no estaban pensando en la pandemia, pero “parece más prudente dejar que los instrumentos específicos tengan preferencia sobre los generales que podamos idear, aunque es de esperar que su aplicación en la situación de emergencia no se podrá sustraer, o no del todo, al vértigo y las exigencias del momento”. V. CARRASCO PERERA, A. “¿Podemos excluir por contrato la regla *rebus sic stantibus*? Un modelo lógico-normativo del cierre de sistema”, *CESCO*, 20 junio 2020, p. 2, defiende la plena vigencia y eficacia de una cláusula (pre-COVID) de asignación o reparto de “todos los riesgos en general”: “Una cláusula de riesgos no puede desactivarse por la ocurrencia de un riesgo que estaba comprendido en la cláusula”. La validez y eficacia del pacto que asigne a una de las partes el riesgo extraordinario insólito, que no se hubiera podido prever se apoya, además, en el art. 1575 CC, que constituye “el nicho más acomodado para construir en nuestro sistema una regla *rebus sic stantibus*”.

<sup>213</sup> En el *Comentario* se dice que la renegociación es con vistas a la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, y es subsidiaria respecto a las cláusulas establecidas en el contrato para el evento en cuestión. La exigencia de hacerlo sin demora injustificada y con indicación de sus fundamentos no afecta, se añade, a la facultad en sí de pedir la renegociación, pero sí puede tener trascendencia para decidir si efectivamente había excesiva onerosidad y, en su caso, cuáles deban ser sus consecuencias.

se recuerda en la *Nota* (ap. 43), las partes “deberán hacerlo de modo constructivo”, “absteniéndose de cualquier forma de obstrucción, y facilitando todas las informaciones necesarias”. Ahora bien, como regla general, la parte perjudicada deberá continuar con la ejecución de sus obligaciones. El *Comentario* lo fundamenta en el carácter excepcional de la excesiva onerosidad, y para evitar su invocación abusiva. No se descarta, empero, que en el caso concreto dicha suspensión pueda estar justificada<sup>214</sup>.

**133.** Partiendo de estas normas, la *Nota* recuerda que la renegociación es “particularmente relevante y útil para los contratos de larga duración, donde podría con frecuencia ser interesante para ambas partes tener la seguridad de que circunstancias temporales y excepcionales (como las provocadas por el COVID-19 y las medidas derivadas de él) no frustrarán una relación que, de otro modo se consideraría equilibrada y beneficiosa para ambos”. En la situación excepcional creada por la pandemia, la negociación es de especial interés: “un amplio porcentaje de contratos se verán afectados, muchos de ellos contratos comerciales valiosos cuya preservación evitaría conflictos, reduciría costes de transacción adicionales para el sistema, aliviaría los ya sobrecargados sistemas judiciales y de resolución de disputas, y contendría el daño económico”.

**134.** La tendencia, reflejada ya en muchos ordenamientos, se extiende, acaso sobre la huella de los modelos europeos de *softlaw*<sup>215</sup>. El art. 1195 del Código francés establece, para el caso de excesiva onerosidad sobrevenida, que la parte que no hubiera aceptado el riesgo del cambio podrá requerir a la otra la renegociación del contrato, advirtiendo también que deberá, no obstante, continuar con el cumplimiento de sus obligaciones durante la renegociación<sup>216</sup>. En Italia, se ha propuesto la modificación de su Código civil para incorporar una previsión similar<sup>217</sup>.

**135.** Renegociar se ha convertido, sin duda y en este tiempo aciago, en la recomendación más extendida. Desde instituciones o asociaciones privadas<sup>218</sup>, hasta, en otros países, instancias públicas<sup>219</sup> u organismos con funciones conexas al poder judicial<sup>220</sup>. En último término, se trata de preservar los con-

<sup>214</sup> Por ejemplo, por un incremento dramático e inesperado de los costes de producción como consecuencia de la aprobación de nuevas medidas legales que incrementan los deberes de seguridad. Quizá el deudor simplemente ni siquiera pueda acometer tal dispendio, a la vista de la previa provisión de fondos o de la financiación obtenida para cumplir con su propia prestación, que de modo extraordinario e imprevisible ha devenido muy insuficiente.

<sup>215</sup> Para un resumen del origen histórico y del estado de la cuestión en varios países europeos, y en los textos de Derecho uniforme, v. RÜFNER, T., “Art. 6:111: Change of Circumstances”, en JANSEN, N./ ZIMMERMANN, R. (EDS.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 900 - 911.

<sup>216</sup> Introducido con la reforma de 2016. V. FAUVARQUE-COSSON, B., “Does Review on the Ground of *Imprévision* Breach the Principle of the Binding Force of Contracts?”, en CARTWRIGHT, J./ WHITTAKER, S. (eds.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2017, pp. 187- 205. La norma introducida no es imperativa; las partes pueden modificar o excluir su aplicación (p. 199), en contratos libremente negociados. No se trata, además, de imponer a las partes ningún deber de renegociar, lo que originaría nuevas disputas sobre la mala o buena fe en el cumplimiento de esta obligación.

<sup>217</sup> Sobre este proyecto, v. SIRENA, P., “L’impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell’ epidemia di COVID-19”, junio 2020 (acceso en <https://www.comparativecovidlaw.it/2020/09/28/limpossibilita-ed-eccessiva-onerosita-della-prestazione-debitoria-a-causa-dellepidemia-di-covid-19/>).

<sup>218</sup> El *European Law Institute* ha elaborado unos Principios (*ELI Principles for the Covid-19 Crisis*, acceso [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_COVID-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf)), que recomiendan (Principio 13), en caso de excesiva dificultad o incremento significativo de la onerosidad, que por parte de los Estados europeos se incentive (*ensure*) que las partes, con base en la buena fe, entablen negociaciones, aun cuando no estuviere previsto en el contrato ni en la ley aplicable. Respecto a las recientes propuestas españolas, v. *infra*, III.7.

<sup>219</sup> El Gobierno británico recomienda encarecidamente a las partes que resuelvan vicisitudes contractuales de modo responsable y mediante la renegociación o acudiendo a sistemas de mediación. V. <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-responsible-contractual-behaviour-in-the-performance-and-enforcement-of-contracts-impacted-by-the-covid-19-emergency>, Mayo 2020 (n. 17), junio 2020 (n.13). V. GREGORACI, *op.cit.*, p. 468.

<sup>220</sup> En Italia, el *Ufficio del Massimario*, organismo encargado de extraer las máximas o reglas de la doctrina de casación, publicó en mayo de 2020 un informe (acceso en [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_Tematica\\_Civile\\_056-2020.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf)) sobre normativa Covid y cuestiones relacionadas, en el que se incide en la renegociación como exigencia de la buena fe en la ejecución de los contratos, exacerbada con la situación actual, y orientada a la conservación del contrato; en especial, pp. 21 y ss.

tratos como sustrato de la vida económica y evitar el colapso judicial. El principio general de la buena fe se concreta ahora no solo en la *facultad* de requerir una renegociación, sino, sobre todo, en una suerte de *deber* de la otra parte de mostrarse receptiva a lo que sea razonable para preservar el contrato en circunstancias excepcionales. Se trataría del cauce preferible para mantener su vigencia cuando, a tenor de las circunstancias, la extinción de la relación contractual provoque, como efecto dominó, la propagación a otras relaciones contractuales y la destrucción irreparable de un amplio tejido empresarial<sup>221</sup>.

**136.** Nuestra jurisprudencia nunca ha mencionado la negociación entre los presupuestos de la *rebus*<sup>222</sup>. Cabe dudar, además, de la oportunidad de una norma que positivice un deber de renegociación, o, todavía más lejos, lo convierta en una suerte de presupuesto procesal para la ulterior reclamación judicial, o que proyecte sobre el régimen de las costas procesales la comparación entre lo obtenido en virtud de la resolución judicial y las propuestas de revisión del contrato<sup>223</sup>. Probablemente baste con fundamentar los deberes de cooperación en el principio general de la buena fe *ex art.* 1258 CC<sup>224</sup> y remitir a la doctrina general de la culpa *in contrahendo* la conducta de quien de mala fe se niega a cooperar para adaptar una situación insostenible de la otra parte, o la de quien de mala fe inicia o interrumpe tales negociaciones<sup>225</sup>.

**137.** El TS se ha referido en alguna ocasión al deber de intentar una revisión del contrato en caso de alteración extraordinaria de las circunstancias, desde una perspectiva distinta a la que ahora estamos considerando. Lo que el Supremo a veces reprocha al deudor es su decisión de “apartarse unilateralmente” de lo pactado, para luego alegar frente a las pretensiones de cumplimiento o resolución de la otra parte una situación de excesiva onerosidad sobrevenida como excusa de su propio incumplimiento. La buena fe, dirá el Supremo, exige, al menos, que se hubiera dirigido a la otra parte proponiendo un acuerdo, para evitar incumplimientos oportunistas<sup>226</sup>.

**138.** Este, de algún modo, es el sentido que también podemos extraer de la norma establecida en el art. 6.2.3 (1) y (2) de los PICC. La parte afectada por la excesiva onerosidad podrá y *deberá*, como exigencia derivada de la buena fe (art. 1258 CC), proponer una negociación dirigida a conservar una relación en cuya subsistencia siga teniendo interés. Lo que no significa (tampoco en los Principios) un correlativo deber de la otra parte de aceptar la propuesta, ni de llegar necesariamente a acuerdo alguno. La norma supletoria de los PICC sobre la revisión del contrato o su resolución por el Juez presupone, o bien que se ha ignorado la petición de la parte perjudicada, o bien la renegociación infructuosa.

<sup>221</sup> Cfr. GANUZA/GÓMEZ POMAR, *op. cit.*, p. 571 y ss., aunque no en relación con la *rebus* (que, como tal, no es el instrumento idóneo en las actuales circunstancias, p. 561), sino con las alternativas de intervención legislativa sobre los contratos en vigor: “conservemos los contratos”.

<sup>222</sup> Como recuerda la STS de 15 enero 2019 (RJ 146).

<sup>223</sup> En el sentido propugnado, por ejemplo, por la propuesta FIDE; v. *infra*, n. 244. Sin embargo, y en relación con la condena en costas, y como un incentivo para la negociación, considera positivo este tipo de medida SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 48.

<sup>224</sup> V. ORELLANA, L. “El deber de renegociación del contrato en caso de excesiva onerosidad sobrevenida”, en Méndez Hornero, C./ Espejo Lerdo de Tejada, M./ Oliva Blázquez, F. (dirs.), *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Perspectivas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 437-458, pp. 441 y ss.

<sup>225</sup> V. la crítica de CARRASCO PERERA, (“Al fin la madre de todas las batallas” cit., p. 10) en relación con la propuesta de la FIDE: “Todo contratante tiene derecho (*id est*, no está prohibido) a proponer una renegociación y todo cocontratante está *sujeto a responder de buena fe* a esta propuesta, se dé o no de inicio una contingencia-*rebus* en la parte que propone”. “Todo el que se niega a renegociar de *mala fe* incurre en *culpa in contrahendo*. Lo mismo que si empieza a negociar (incluso de buena fe) y luego deja de seguir negociando de *mala fe*. Las consecuencias no están aquí calificadas por la *rebus*”.

<sup>226</sup> Según CARRASCO PERERA (*Derecho de Contratos*, cit., p. 986): “En verdad, el ‘deber’ de negociar no es más que la carga de buena voluntad que debe acreditar el deudor que pretende sea aplicada en su favor la regla *rebus*. V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Alteración...”, cit., pp. 187 y ss. V., en particular, las SSTS de 17 mayo 1986 (RJ 2725), 17 noviembre 2000 (RJ 9343) y 23 abril 2012 (RJ 5913). En un contexto distinto, cual es la frustrada financiación del comprador que pretende, por este motivo, la resolución del contrato, el TS se ha referido indirectamente a esta cuestión, diciendo que, a efectos de admitir o no la *rebus*, cabría valorar, entre otras circunstancias, “*las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, como alternativa preferible a su ineficacia*” (STS de 17 enero 2013, RJ 1819).

**139.** Parece acertada la exigencia de que tal propuesta de negociación tenga lugar en un plazo razonable, a partir del momento en el que se manifiesten los efectos negativos de los acontecimientos sobrevenidos, entendido esto último con la flexibilidad que requiere la incierta evolución de la actual crisis. La incidencia de la pandemia, y las consecuencias asociadas, sobre la posición del deudor, aunque sean hechos notorios, dependerán de sus particulares circunstancias, por más que algunas se extiendan de modo uniforme a amplios sectores. Pero también deberá facilitarse cuanto antes a la otra parte la adopción de aquellas medidas que puedan ser precisas para reajustar sus propios intereses y evaluar las medidas oportunas, de modo similar a la presencia de un impedimento<sup>227</sup>. Igualmente, y como punto de partida, la petición de una renegociación no justificará, por sí sola, la unilateral suspensión o modificación de la prestación debida. La modulación de esta regla dependerá de las circunstancias del caso concreto<sup>228</sup>.

## B) La regla supletoria en defecto de acuerdo

**140.** En defecto de acuerdo en tiempo razonable, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. El Juez podrá, siempre que aprecie una situación de *hardship*, y “*siempre que lo considere razonable*”, “(a) resolver el contrato, en la fecha y en las condiciones que se fijen; o (b) adaptar el contrato con objeto de restablecer su equilibrio” (art. 6.2.3. (3) y (4)).

**141.** La norma confiere amplios poderes al “tribunal” o, en su caso, árbitro. La resolución se puede establecer a partir de determinada fecha (en contrato de tracto duradero), incluyendo previsiones sobre la liquidación de la relación entre las partes. La adaptación consistirá en la medida apropiada para el caso, incluyendo la revisión del precio. Todo lo anterior, “*si lo considera razonable*”. Porque, como se dice en el *Comentario*, y se recuerda en la *Nota* (ap. 44), podría no hacer ninguna de esas dos cosas, sino “imponer a las partes que retomen las negociaciones o bien simplemente confirmar los términos del contrato tal como están”. Estos amplios poderes suscitan recelos<sup>229</sup>, pero, según algunas opiniones, precisamente esa discrecionalidad judicial sería un incentivo para impulsar el acuerdo en la renegociación, considerada la solución preferible<sup>230</sup>.

**142.** La regla, como tal, no tiene cabida en el ordenamiento español. El Juez carece de facultades de moderación equitativa, salvo que una norma expresamente se los atribuya<sup>231</sup>. Los principios procesa-

<sup>227</sup> V. lo dicho *supra*, II.5 A), sobre la obligación de notificar al acreedor la existencia del impedimento.

<sup>228</sup> Esta regla constituye una de las razones por las que se rechaza la aptitud de la regla *rebus* para los contratos en tiempos del COVID (v. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 451). Además, aunque sea deseable que las partes lleguen a un acuerdo renegociado libremente, y si todos lo hicieran el resultado sería “ideal”, advierte que “una cosa es tomar en cuenta los acuerdos que puedan alcanzar las partes, en cada caso, y otra distinta imponer la negociación para alcanzar acuerdos. Imponer la negociación crea dilaciones, permite al contratante no afectado por el cambio de circunstancias operar con una estrategia oportunista. Prolonga la situación de incertidumbre. Tiene el riesgo de la asimetría en el poder de negociación, lo que no siempre garantiza la corrección del resultado alcanzado”. V. también GREGORACI, *op. cit.*, p. 468.

<sup>229</sup> FRANCIOSI, L.M.<sup>a</sup>, “The Effects of Covid-19 on International Contracts: A Comparative Overview”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, 16, 2020, pp. 413-438, p. 431 (acceso en <http://kirra.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2020/16.html>), refiere que, en la contratación internacional, cuando las partes se remiten a los Principios Unidroit como Derecho aplicable, no es infrecuente que excluyan por pacto las disposiciones sobre *hardship*, evitando de este modo que el Juez tenga poderes para modificar el contrato. La propuesta de cláusula *hardship* de la ICC (*International Chamber of Commerce*) de marzo 2020 prevé, en cambio, que la cláusula se formule eligiendo entre tres alternativas. Dos de ellas están enfocadas hacia la resolución (por decisión de la parte perjudicada, o por decisión judicial o arbitral a instancia de cualquiera de las partes), y una tercera remite a los tribunales o al árbitro (a petición de cualquiera de las partes) la decisión de adaptar o de resolver el contrato. *Id.* la cláusula propuesta por la ICC en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/icc-clausulas-fuerza-mayor-hardship-marzo-2020.pdf>.

<sup>230</sup> Cfr. SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 47 y ss.; FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 191.

<sup>231</sup> Como ocurre, por ejemplo, en materia de cláusula penal *ex art.* 1154 CC. Precepto que, además, es imperativo: el Juez *debe* moderar si se da el supuesto de hecho de la norma. Y, desde la STS de 13 septiembre 2016 (RJ4107), es doctrina jurisprudencial que cabe aplicar por analogía el art. 1154 CC para moderar la cláusula penal de cuantía extraordinariamente superior a los daños efectivamente causados cuando esta discordancia (en relación con los daños previsibles en el momento de celebración del contrato) se debiera a una alteración imprevisible de las circunstancias.

les de justicia rogada y congruencia requieren que sean las partes las que en la demanda o, su caso, en la reconvencción especifiquen la pretensión ejercitada, sea la de revisión, sea la de resolución, o ambas, de manera subsidiaria, en el orden que se pida en el suplico. La *rebus* no es una técnica de interpretación integradora para cubrir una laguna contractual<sup>232</sup>. El Juez no puede modificar el contrato como parezca razonable, si nadie lo ha pedido en la demanda o en la reconvencción. Dígase lo mismo de la resolución<sup>233</sup>.

**143.** La jurisprudencia ha mantenido de modo constante que la cláusula *rebus* tiene efectos “*modificativos*” del contrato, “*encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado -lo que supone plantear demanda o, en su caso, su petición por vía reconvenccional*”<sup>234</sup>, antes que su resolución o extinción<sup>235</sup>. Pretensión esta última que procedería, en principio, solo en los casos de “*desaparición total de la base del negocio*” o “*frustración del contrato*”. El carácter preferente de la “*modificación*”, probablemente, se originó a raíz de la insistencia del contratante perjudicado en obtener un pronunciamiento de nulidad o de *rescisión* por extrema onerosidad sobrevenida. La STS de 5 junio 1945<sup>236</sup>, sentó el precedente al decir que la pretensión rescisoria “*puede enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado*”<sup>237</sup>. Se trataría de evitar que el perjudicado, sin intentar una renegociación, pretendiera de manera oportunista “*arrasar por completo*”, provocando la extinción del contrato. La adaptación del contrato aminora el efecto negativo y permite, en alguna medida, distribuir el riesgo entre las partes y evitar que se cargue íntegramente sobre una de ellas<sup>238</sup>.

**144.** Sería en cualquier caso deseable, y más en la situación actual, proceder de manera flexible, según las circunstancias de cada caso en particular, sin consideraciones apriorísticas sobre un determinado orden de prelación de remedios, no impuesto por norma alguna. La resolución pretendida por el perjudicado con extraordinarias dificultades sobrevenidas, por ejemplo, podría ser perfectamente razonable teniendo en cuenta, quizá, la negativa de la otra parte a aceptar modificaciones y las alternativas a su disposición para mitigar su daño. O, todo lo contrario, no parece que tenga sentido obligar al acreedor a continuar una relación contractual cuando se ha producido la frustración definitiva de su interés por razón, por ejemplo, de la moratoria extraordinaria que propone la parte perjudicada.

## 7. Propuestas normativas para codificar la *rebus* en tiempos de crisis

**145.** La oportunidad de introducir una norma *ad hoc* ha tenido el aval de la doctrina desde hace años<sup>239</sup>. El TS ha considerado en alguna ocasión que la falta de regulación legal, “*agravada por las diversas perspectivas jurídicas con que es contemplada en la doctrina científica, genera incertidumbre acerca de la incardinación del tema en el Derecho positivo*”<sup>240</sup>; aunque también declara que se encuentra próxima en su fundamento “*a los artículos 7 y 1258 CC para solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la*

<sup>232</sup> Lo explica con claridad la STS de 22 enero 2019 (RJ 159).

<sup>233</sup> V. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 973: “Si el actor pide resolución por la *rebus* y el demandado niega la procedencia de la cláusula, sería incongruente la sentencia que impusiera una modificación del contrato, no pedida por nadie. El Juez no puede aplicar de oficio la cláusula *rebus*”.

<sup>234</sup> STS de 17 noviembre 2000 (RJ 9343).

<sup>235</sup> STS de 20 noviembre 2009 (RJ 7297).

<sup>236</sup> RJ 698.

<sup>237</sup> En este sentido, el art. 1467 del Código italiano.

<sup>238</sup> STS de 17 noviembre 2000 (RJ 9343).

<sup>239</sup> V. con cita de otros, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 23 y p. 325. En relación con la propuesta de la PMCC, SALVADOR CODERCH, P., pp. 5, 7 y ss.

<sup>240</sup> STS de 17 junio 2005 (RJ 4275), aunque el asunto es un ejemplo más de sorprendente alegación y acertada desestimación de la doctrina *rebus*, para forzar una modificación unilateral de la contribución a los gastos en función de la cuota de participación en la propiedad horizontal. El TS menciona como posibles vías de penetración de la *rebus*, “entre otras, las posibilidades del principio de integración contractual de la buena fe objetiva ex art. 1258 CC, la normativa relativa a la causa, o tomar en cuenta los preceptos relativos al equilibrio de las prestaciones en cuanto a los contratos con obligaciones recíprocas”.

*celebración del contrato*”<sup>241</sup>. Las secciones de Derecho Civil y Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación presentaron sendas propuestas al respecto<sup>242</sup>, aunque ninguna llegó a buen puerto.

**146.** Inmersos ahora en una situación de crisis de alcance mundial y duración incierta, la ausencia de norma positivizada parece entenderse por algunas opiniones como un factor que podría impedir la alegación de la excesiva onerosidad o frenar su relevancia como instrumento de reequilibrio contractual, en una situación dramática que afecta a amplios sectores de la contratación<sup>243</sup>. Se han publicado algunas iniciativas privadas, con propuestas de textos articulados, que se identifican a sí mismas, no obstante, como regulación excepcional, a modo de respuesta urgente y necesaria para la situación provocada por la COVID-19<sup>244</sup>.

**147.** Parece clara, en todo caso, la intención política de, ahora sí, impulsar la promulgación de una norma *ad hoc*. La Disp. Adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, dispone bajo el título “*Cambio extraordinario de las circunstancias contractuales*”, que “*el Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en Derecho comparado, de incorporación en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla rebus sic stantibus. El estudio incluirá los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados*”.

**148.** Como antes hemos señalado, la situación excepcional requiere una intervención directa del legislador que arbitre medidas específicas, de modo inmediato y concreto. Aun así, parece indudable, al menos por ahora, que el limitado alcance de la legislación de urgencia, restringiendo su ámbito de aplicación a algunos tipos de contratos, y supeditando su aplicación a la concurrencia de requisitos subjetivos y objetivos, conducirá a seguir buscando amparo judicial bajo la doctrina *rebus*. El ejemplo lo suministra el limitado alcance del RD Ley 15/2020, en materia de arrendamiento de locales, y la escalada de Autos de los Juzgados de Primera instancia acordando la adopción de medidas cautelares dirigidas, con distinto alcance, a suspender la ejecución de garantías por razón de impago de la renta, así como a obtener el aplazamiento o, incluso, la reducción de la renta<sup>245</sup>. El RD Ley 35/2020, de 22 de diciembre, se presenta como “*continuación y mejora*” de los procedimientos previstos en el RD Ley 15/2020, con el fin de reducir los gastos fijos de arrendamientos que soportan empresas y autónomos, que han visto suspendidas sus actividades por razón de las restricciones adoptadas tras la declaración del estado de alarma, o han sufrido importantes reducciones en su facturación. La norma establece requisitos objetivos y subjetivos que habilitan para solicitar una moratoria en el pago de la renta o una reducción de su importe,

<sup>241</sup> SSTs de 17 enero 2013 (RJ 1819) y 18 julio 2019 (RJ 3010).

<sup>242</sup> *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil. Ministerio de Justicia, 2009. El art. 1213 de la PMCC intitulado “De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato”, se inspira en el § 313 BGB. En cuanto a la propuesta mercantil, se contiene en el art. 416-2 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, siguiendo con total fidelidad el modelo de los Principios Unidroit.

<sup>243</sup> V., p. ej., la opinión de GÓMEZ LIGÜERRE, *supra*, n. 3.

<sup>244</sup> La Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE) publicó el 21 de abril 2020 la propuesta elaborada por su denominado “Gabinete de crisis” (acceso en <https://www.fidefundacion.es/attachment/1912172/>) para la alteración extraordinaria que sea “consecuencia de la pandemia del Covid19 o de la situación económica causada por ella”. De otra propuesta que se ha hecho llegar, al parecer, al Ministerio de Justicia, elaborada por el grupo denominado “CovidWarriors”, publicado en *Diario La Ley*, n. 4992, de 23 de junio 2020, da noticia PASQUAU LIAÑO, M., “Covid-19: los contratos también se contagian. ¿Hay fórmulas para mitigar el colapso judicial?”, en *Diario La Ley*, n.9665, de 2 de julio 2020.

<sup>245</sup> El JPI Nº 31 Barcelona, Auto n. 348/2020, de 21 septiembre (*JUR* 290355) desestima íntegramente la pretensión, aunque admite que la *rebus* podría sustentar una rebaja de la renta para el tiempo que el local permaneció cerrado. V. además: JPI Nº 1 San Sebastián, Auto n. 262/2020, de 6 octubre (*JUR* 291842), JPI Nº 74 Madrid, Auto n. 299/2020, de 13 agosto (*JUR* 251694, que admite la suspensión en la ejecución de garantías), JPI Nº 81 Madrid, Auto n. 447/ 2020 (*JUR* 287502) y JPI Nº 1 Valencia, Auto n. 256/2020, de 25 junio (*JUR* 202178).

prevaleciendo en cualquier caso lo que las partes hubieran acordado sobre aplazamiento o reducción<sup>246</sup>. Pero, de nuevo, los límites objetivos, subjetivos y temporales previstos (la solicitud del arrendatario ha de tener lugar, como máximo, el 31 de enero de 2021) dejarán fuera de su ámbito de aplicación muchos contratos en los que la *rebus* podría justificar una adaptación de lo pactado, sobre todo a través de reducciones temporales (en caso de prohibición de apertura) y aplazamientos, en función del caso concreto, o la terminación de la relación contractual.

**149.** El problema, como ha sido reiteradamente advertido, es la elevada litigiosidad y el consiguiente colapso judicial. Aunque se diga que la legislación excepcional deberá conducir a rechazar las demandas que pretendan medidas distintas (a favor de una u otra parte), dentro de su respectivo ámbito de aplicación, el problema persiste, al menos, para todos los contratos no incluidos en aquellas normas; normas que, como tales, no deberán ser aplicadas “*a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*” (art. 4.2 CC).

**150.** La aplicación de la *rebus* por parte del TS tiene lugar sin necesidad de expreso reconocimiento en la ley, y su eventual regulación positiva tampoco sería la panacea, aunque podría clarificar algunos aspectos relativos a la negociación. Cualquiera que sea la formulación de una norma al respecto, implica, por definición, una atenta consideración del tipo contractual, de la distribución legal y contractual de riesgos, y de la incidencia de las circunstancias sobrevenidas sobre la posición jurídica de ambas partes. Además, aunque no siempre se ha explicitado, no podrá prescindirse en su aplicación de las ayudas públicas obtenidas, ni de las medidas que la parte perjudicada hubiere adoptado, o debía haber adoptado, para mitigar su propio daño.

**151.** El tiempo extraordinario que vivimos obliga sin duda a subrayar las ideas en torno a la cooperación de las partes en el ámbito contractual, así como la disposición a renegociar los contratos bajo el signo de la buena fe. Es indudable que las partes son los mejores árbitros de su propia relación contractual y cuentan con toda la información relevante. No parece el mejor momento para improvisar una norma que amplíe considerablemente el marco de decisión equitativa del Juez, ni siquiera como incentivo para la deseable renegociación.

#### IV. Conclusiones

**152.** La atenta lectura de la Nota elaborada por el Secretariado de Unidroit sobre la aplicación de los PICC en el contexto de la crisis generada por el coronavirus puede aportar interesantes perspectivas a la hora de interpretar y aplicar las normas nacionales que regulan instituciones básicas del Derecho de obligaciones y contratos, en especial las relacionadas con la fuerza mayor/caso fortuito, imposibilidad sobrevenida, excesiva onerosidad/*rebus sic stantibus*, etc. Desde el punto de vista del Derecho español, algunas reflexiones pueden resultar especialmente interesantes.

**153.** En lo que se refiere al régimen de la fuerza mayor, parece acertada la utilización de un concepto flexible de “impedimento” que facilite la aplicación de dicha figura más allá de los límites estrictos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, evitando así, por ejemplo, la necesidad de establecer una delimitación nítida – no siempre posible en la práctica-, entre el ámbito de aplicación de

---

<sup>246</sup> Para una visión crítica, v. FUENTES-LOJO RIUS, A., “Últimas novedades en arrendamientos de uso distinto de vivienda e industria en tiempos de pandemia. Comentarios al RDL 35/2020”, en *Diario La Ley*, nº 9765, 7 de enero de 2021, pp. 1-12. El Gobierno Catalán ha promulgado, por su parte, el Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados. Sobre la norma catalana, en particular, v. las observaciones críticas de GÓMEZ POMAR, F., en el editorial “Después de diez años”, *InDret*, n. 4, 2020; y CARRASCO PERERA, A., “Alquileres catalanes anti-Covid. Una antología de Derecho Malo”, en *CESCO*, 29 octubre 2020, pp. 1-10. Desde una perspectiva más amplia, sobre los efectos de las moratorias y de las quitas en los contratos de arrendamiento, v. GANUZA, J.J./ GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos...”, *cit.*, en especial pp. 576 y ss.

la imposibilidad propiamente dicha y el de otros instrumentos, como la frustración del fin del contrato, la desaparición de la base negocial, la inexigibilidad, conforme a la buena fe, del cumplimiento estricto de la obligación, o el extraordinario desequilibrio sobrevenido entre las prestaciones del contrato sinagmático. Resulta igualmente oportuna la distinción entre los requisitos de la fuerza mayor, como fundamento de la exoneración de la responsabilidad del deudor, y los presupuestos de aplicación de otros remedios frente al incumplimiento contractual, como son la resolución, la suspensión del contrato, o el pago de intereses por la mora en las obligaciones dinerarias, que deberán afrontarse desde una perspectiva necesariamente distinta. Desde el punto de vista práctico, consideramos especialmente relevante la expresa formulación del deber, a cargo del deudor que pretenda alegar la fuerza mayor exoneratoria, de comunicar al acreedor la existencia del impedimento y su incidencia sobre la capacidad de cumplimiento del propio deudor, fundamental para la debida preservación de los intereses de ambas partes.

**154.** En cuanto a la excesiva onerosidad, el régimen jurídico contenido en los PICC representa casi el Derecho común europeo en la materia, reflejado tanto en las propuestas de Derecho uniforme, como en recientes reformas legislativas, y ha sido citado en reiteradas ocasiones por el TS español como modelo para la interpretación de la regla *rebus sic stantibus*, de creación jurisprudencial. En las actuales circunstancias, resulta de especial interés la importancia que se otorga a la renegociación, como exigencia y manifestación de la buena fe, tanto en el requerimiento de la misma como en su desarrollo. La renegociación es la vía más adecuada para preservar la relación y evitar, especialmente en tiempos de crisis, los efectos expansivos de la destrucción del tejido contractual. Parece también acertada la regla que no autoriza al deudor a suspender unilateralmente su propio cumplimiento por la propuesta de renegociación y mientras dure el proceso, en aras de evitar estrategias oportunistas. Consideramos igualmente conveniente resaltar que, en defecto de acuerdo, las consecuencias de estimar la excesiva onerosidad deberán articularse del modo que mejor convenga al caso concreto, sin estar condicionadas por un juicio apriorístico acerca de su orden de prelación, y sin perjuicio del necesario respeto a los principios procesales de justicia rogada y congruencia.

**155.** Los instrumentos generales del Derecho de obligaciones y contratos difícilmente pueden servir para dar una respuesta adecuada al ingente número de conflictos jurídicos que están surgiendo y, previsiblemente, van a surgir a raíz de la pandemia y sus derivaciones (medidas restrictivas, crisis económica). No cabe ignorar, sin embargo, su trascendencia, habida cuenta de los límites que, por razones obvias, habrá de tener siempre la legislación de emergencia dictada, o que se pueda dictar, en los próximos meses (quizá años) para atender a los problemas más urgentes.

# ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL Y JAPONÉS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LA INFIDELIDAD CONYUGAL

## COMPARATIVE STUDY OF THE SPANISH AND THE JAPANESE LEGAL SYSTEMS REGARDING LIABILITY DUE TO MORAL DAMAGES CAUSED BY MARITAL INFIDELITY

MARÍA ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI

*Doctora en Derecho Privado*

*Abogada*

*Profesora-tutora UNED*

Recibido: 15.12.2020 / Aceptado: 12.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5958>

**Resumen:** La admisibilidad de la responsabilidad civil por daños morales en el Derecho de familia es una de las cuestiones que en la actualidad es objeto de debate en la doctrina y que, como nuestro propio Tribunal Supremo reconoce, plantea los mismos interrogantes en el Derecho comparado. Así pues, el objeto de este trabajo consiste en una comparación entre los ordenamientos jurídicos español y japonés respecto de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal, dadas las similitudes que presentan los códigos civiles de ambos países en contraste con las soluciones opuestas adoptadas por los mismos. Las mencionadas similitudes ponen de manifiesto la importancia de las consideraciones éticas y morales a la hora de proporcionar una solución a los supuestos en los que se constata la producción de un daño moral con motivo del incumplimiento del deber de fidelidad que se deben los cónyuges.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, daños morales, infidelidad conyugal.

**Abstract:** Nowadays, the possibility of determining a liability for moral damages in the field of Family Law is one of the issues which is subject of debate by the doctrine and, as our Supreme Court recognizes, raises the same questions in Comparative Law. Therefore, the subject matter of this paper is a comparison between both Spanish and Japanese legal systems in respect of liability due to moral damages caused by marital infidelity, considering the similarities between both countries' civil codes in contrast with the opposing solutions given by these countries. The aforementioned similarities bring into light the importance of ethical and moral considerations in order to provide a solution to those cases in which a moral damage is provoked on the occasion of the infringement of the fidelity duty between the spouses.

**Keywords:** liability, moral damages, marital infidelity.

**Sumario:** I. Punto de partida: El Código Civil Japonés (民法) y el Código Civil Español. 1. Acercamiento al Código Civil Japonés (民法). 2. Regulación de los deberes conyugales y de la responsabilidad civil. A) Los deberes conyugales. B) La responsabilidad civil. II. Rechazo de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal en España. 1. Introducción. La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil 629/2018, de 13 de noviembre, como referencia.

2. Cautelas respecto de los juicios de moralidad. 3. El deber de fidelidad: entre deber moral y deber jurídico. 4. Ausencia de regulación de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad. 5. Inidoneidad de la admisión de la responsabilidad civil en las relaciones matrimoniales. III. Admisión de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal en Japón 1. Introducción. A) Reforma del Código Civil Japonés tras la Constitución Japonesa de 1947. B) Modalidades de divorcio en Japón y su incidencia. C) Concepto de infidelidad en el ordenamiento jurídico japonés. 2. Fundamentos. 3. Tipos de responsabilidad. A) La responsabilidad civil del cónyuge infiel. Distinción entre la responsabilidad civil por divorcio y la responsabilidad civil por infidelidad. B) La responsabilidad civil del amante del cónyuge infiel. Referencia a la sentencia del Tribunal Supremo japonés de 19 de febrero de 2019. IV. Conclusiones.

## I. Punto de partida: El Código Civil Japonés (民法) y el Código Civil Español

### 1. Acercamiento al Código Civil Japonés (民法)

1. A la hora de realizar una valoración del tratamiento jurídico que recibe la pretensión de indemnización por daños morales a raíz de la infidelidad conyugal por los ordenamientos jurídicos español y japonés, el punto de partida no puede ser otro que lo previsto en sus respectivos códigos civiles, puesto que son los textos legales donde se regulan tanto la institución del matrimonio como las normas básicas sobre la responsabilidad civil.

2. Merece ser destacado, en primer lugar, que en la elaboración del Código Civil japonés vigente — que data del año 1898— (民法, *minpō*) se prescindió de la influencia china pasando a inspirarse el legislador japonés en las escuelas anglosajona, francesa y, sobre todo, alemana. De este modo, a pesar de las profundas diferencias sociológicas y culturales que separan a ambos países, una vez que en Japón se optó por una regulación en materia de Derecho civil que responde primordialmente a nuestra tradición romana, se observa que las similitudes entre los códigos civiles español y japonés son mayores de lo que cabría suponer<sup>1</sup>.

3. Entre las vicisitudes que se produjeron en el proceso de elaboración del Código Civil japonés, nos encontramos con que el proyecto del texto normativo elaborado por el grupo de trabajo encabezado por BOISSONADE —concluido en 1889— fue rechazado, entre otros motivos, por considerarse que la influencia francesa era excesiva. De este modo, entre las razones por las que el referido proyecto fue objeto de crítica era que la tradición japonesa había de tener mayor reflejo en las normas referidas a las relaciones familiares<sup>2</sup>. De otra parte, en el caso del proceso codificador español, es cierto que sobre el Proyecto de Código Civil de 1851 el modelo francés también ejercía una importante influencia, aunque a diferencia del Código de BOISSONADE de 1889, el principal motivo por el que el Proyecto de 1851 fracasó fue la oposición ejercida por los partidarios de la conservación de los Derechos forales en nuestro ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

4. A modo de conclusión de esta breve introducción al Código Civil japonés debo señalar que éste fue objeto de profundas reformas en materia de Derecho de familia tras la Segunda Guerra Mundial, con la sustitución de la Constitución Meiji de 1889 (明治憲法, *Meiji-kenpō*), cuyos principios básicos eran la soberanía imperial, la reserva de ley y la constitucionalidad del Gobierno, por la Constitución

<sup>1</sup> F. BARBERÁN / R. DOMINGO, *Código Civil Japonés*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 25 y ss. En particular, los autores señalan, asimismo, que en la redacción del Código Civil japonés se pudo tener en cuenta el Código Civil español, constanding anotaciones originales en las que se hacía referencia a diversos artículos de nuestro Código Civil —pp. 41 a 44—.

<sup>2</sup> K. STEINER, “Postwar Changes in the Japanese Civil Code”, *Washington Law Review*, Vol. 25, No. 3, 1950, p. 287; G. F. MARGADANT, *Evolución del Derecho Japonés. Introducción histórico-sociológica al sistema jurídico del Japón actual*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1984, p. 152; N. KANO, “Reform of the Japanese Civil Code—The Interim Draft Proposal of 2013”, *Journal of Japanese Law*, No. 36, 2013, pp. 250 a 252. Por su parte, sobre el proceso de elaboración del Código Civil japonés destacan especialmente F. BARBERÁN / R. DOMINGO, Op. Cit., pp. 25 a 54.

<sup>3</sup> F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 29 a 213.

elaborada a instancia del General MacArthur —que entró en vigor en 1947—<sup>4</sup>, cuyos principios básicos habían de ser —y efectivamente son— la soberanía popular, el *pacifismo* y la cooperación internacional<sup>5</sup>.

5. De esta forma, en lo que respecta a las normas reguladoras del matrimonio, las modificaciones que se llevaron a cabo fueron a consecuencia del reconocimiento constitucional de la igualdad entre sexos; de tal modo que la materialización de los cambios constitucionales a propósito de la igualdad entre hombre y mujer se produjo con la reforma de las normas dedicadas a la ordenación del matrimonio en el Código Civil por medio de la Ley 152/1947, de 6 de diciembre, de procedimiento sobre relaciones familiares (家事審判法, *kajishinpanhō*), la Ley 222/1947, de 22 de diciembre, de reforma parcial del Código Civil (民法の一部を改正する法律, *minpōno ichibuwo kaiseisuru hōritsu*) y la Ley 224/1947, de 22 de diciembre, de registro familiar (戸籍法, *kosekihō*).

## 2. Regulación de los deberes conyugales y de la responsabilidad civil

### A) Los deberes conyugales

6. Entre los artículos del Código Civil japonés —«CCJap» en lo sucesivo— dedicados a la regulación del matrimonio se encuentra el art. 752 en el que se prevén los deberes de convivencia, colaboración y ayuda mutua entre los cónyuges (同居, 協力及び扶助義務, *dōkyō, kyōryoku oyobi fujogimu*). En este sentido, acerca del deber de colaboración mutua, en el Capítulo Tercero de la Constitución Japonesa, bajo la rúbrica «De los derechos y deberes de los ciudadanos», en el primer párrafo del art. 24 se consagra dicho deber de colaboración, al mismo tiempo que prevé la igualdad de derechos entre los cónyuges<sup>6</sup> —en el caso de nuestra Constitución, en su art. 32 se dispone el reconocimiento de la igualdad jurídica de los cónyuges—.

7. Aunque el CCJap prevea estos tres deberes conyugales de manera bastante parecida a los deberes que se establecen en los arts. 67 y 68 del CC español, es sabido que el art. 68 CC incluye el deber de los cónyuges de *guardarse fidelidad*. En consecuencia, la primera diferencia que se detecta en relación con los deberes conyugales previstos en los códigos civiles español y japonés es que el deber de fidelidad se encuentra recogido exclusivamente en nuestro Código Civil.

8. En cambio, la cuestión relativa al deber de fidelidad, o más bien su incumplimiento, es tenida en cuenta en el CCJap en lo que respecta al divorcio, puesto que en él se opta por un sistema causal para el divorcio contencioso, de manera que en el art. 770.1.1 CCJap la infidelidad conyugal constituye una de las causas justificativas de la estimación de la demanda de divorcio, disponiendo que «[u]n cónyuge sólo podrá formular demanda de divorcio por las siguientes razones: a. Cuando el otro cónyuge hubiere cometido un acto de infidelidad conyugal. (...)»<sup>7</sup>. Por su parte, en España, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en el Código Civil se suprimieron las causas de separación recogidas en su art. 82, entre las que se incluía el incumplimiento del deber de fidelidad.

<sup>4</sup> También conocida como la «Constitución de la paz» (平和憲法, *heiwa-kenpō*) o «Constitución de la posguerra» (戦後憲法, *senpō-kenpō*)

<sup>5</sup> M. IKEDA / S. RODRÍGUEZ ARTACHO, con la colaboración de K. KURODA / F. BARBERÁN, “Derecho constitucional”, en *Introducción al Derecho Japonés Actual*, F. BARBERÁN / K. KURODA / F. OKABE (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 56 a 61.

<sup>6</sup> De acuerdo con la versión oficial en inglés de la Constitución Japonesa, dice así el art. 24: «Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis.

With regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of sexes». Enlace web: [https://japan.kantei.go.jp/constitution\\_and\\_government\\_of\\_japan/constitution\\_e.html](https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html)

<sup>7</sup> La transcripción de los artículos del CCJap a lo largo de todo el trabajo se realiza con base en la traducción de F. BARBERÁN / R. DOMINGO, Op. Cit.

9. En la Exposición de Motivos de La Ley 15/2005, de 8 de julio, se indica que «[e]l divorcio se concebía como último recurso al que podrían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado periodo de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes». Así pues, más adelante según reza dicha exposición de motivos, con la eliminación del divorcio causal del CC español, se pretendía «que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio».

10. No obstante, el mantenimiento del sistema de causal de divorcio en Japón no supone, *sensu contrario*, que la libertad de los cónyuges esté limitada en los mismos términos en que así se preveía en nuestro CC anterior a la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. De hecho, como veremos más adelante, el divorcio consensuado o de mutuo acuerdo ya se encontraba previsto en el CCJap en su redacción original —con sus luces y sus sombras—<sup>8</sup> y su inclusión en dicho texto respondía precisamente a la tradición japonesa en relación con la disolución del matrimonio.

## B) La responsabilidad civil<sup>9</sup>

11. En lo atinente a la normas sobre responsabilidad civil, el art. 709 CCJap, que regula la «indemnización de daños y perjuicios por acto ilícito» (不法行為による損害賠償, *fuhôkôiniyoru songaibais-hô*), prevé que «[e]l que dolosa o culposamente lesione derechos o bienes ajenos jurídicamente protegidos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados». Se comprueba que el art. 709 CCJap y nuestro art. 1902 CC son bastante similares, si bien en dicho artículo del CCJap se hace referencia expresa a la antijuricidad del daño, en tanto que la lesión ha de recaer sobre *derechos o bienes ajenos jurídicamente protegidos*, mientras que el art. 1902 CC se limita a expresar que «[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado» —entendiéndose que tal daño ha de ser, efectivamente, antijurídico—<sup>10</sup>. Sin embargo, por su parte, el CCJap prescinde de la mención al tipo de conducta, activa u omisiva, como sí hace, en cambio, el art. 1902 CC.

12. Ahora bien, respecto de la regulación de la responsabilidad civil en ambos países, si en nuestro caso la responsabilidad por daños morales es fruto de la interpretación jurisprudencial realizada del art. 1902 CC<sup>11</sup>, es digno de mención que el art. 710 CCJap regula expresamente la indemnización

<sup>8</sup> De acuerdo con K. STEINER, Op. Cit., pp. 302 y 303, muchos divorcios que se producían de manera «consensuada», en realidad, encubrían la «expulsión» de la esposa por parte de la familia del marido. Aunque, según indican F. BARBERÁN /R. DOMINGO, Op. Cit., pp. 45 y 46, con el CCJap de 1898 se eliminó el «divorcio unilateral» o repudio, introduciéndose en el ordenamiento jurídico japonés el divorcio consensuado o de mutuo acuerdo y, de otra parte, el divorcio «con justa causa».

<sup>9</sup> En este trabajo se mantiene la postura según la cual los daños morales que pudiesen derivar del incumplimiento del deber de infidelidad habrían de indemnizarse, en su caso, por la vía de la responsabilidad civil *ex* art. 1902 CC, siguiendo la línea mantenida por autores tales como J. R. DE VERDA Y BEAMONTE / P. CHAPARRO MATAMOROS, «La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, julio de 2016, que así lo manifiesta en las pp. 220 y 232; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad», en *La responsabilidad civil por daños en la relaciones familiares*, J. A. GARCÍA AMADO, (Dir.), P. GUÍERREZ SANTIAGO / M. ORDÁS ALONSO (Coord.), Bosch, Barcelona, 2017, pp. 24 y 25.

<sup>10</sup> Según el art. 5191-3 de la *Propuesta de Código Civil* elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, el daño se define como «cualquier lesión o menoscabo de un bien jurídico, ya se un derecho o ya sea un interés jurídicamente protegido». ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

<sup>11</sup> J. SANTOS BRIZ, «Artículo 1.902», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo, XXIV, M. ALBALADEJO (Coord.), Edersa, Madrid, 1984, p. 167, señala, aparte de la STS de 6 de diciembre de 1912 por la que se cambió de criterio respecto de la posibilidad de indemnización por daños morales, las siguientes sentencias en este sentido con fecha de 14 de diciembre de 1917, de 7 de noviembre de 1919, de 11 de marzo de 1928, de 31 de marzo de 1930, de 19 de mayo de 1934, de 3 de junio de 1942, de 25 de junio de 1945, de 24 de mayo de 1947 y de 9 de diciembre de 1949.

por daños no patrimoniales (財産以外の損害の賠償, *zaisan-igaino songaino baishô*). Así pues, según dispone el artículo citado: «[c]on independencia de que lo dañado haya sido la integridad física, la libertad o el honor de una persona, o sus derechos patrimoniales, la persona que, de conformidad con el lo dispuesto en el artículo anterior, esté obligada a indemnizar los daños y perjuicios causados, vendrá también obligada al pago de una compensación por los daños de naturaleza no patrimonial»<sup>12</sup>. Constatándose, en consecuencia, que las normas de ambos ordenamientos que regulan la responsabilidad civil guardan bastante relación.

**13.** A mi juicio, no obstante, la coincidencia más reseñable entre los sistemas de responsabilidad civil español y japonés es la que se refiere a que la función primordial en ambos supuestos es la de la reparación del daño basado en la culpa —aunque en ambos países se admite la responsabilidad objetiva en determinados supuestos—, incluyéndose en la regla contenida en los arts. 1902 CC y 709 CCJap un componente de índole moral según el cual solo responde de los daños quien haya llevado a cabo una conducta dolosa o negligente; lo que supone, asimismo, la consagración de la confianza y el deber de diligencia en el desarrollo de la vida en sociedad<sup>13</sup>. Aparte, si bien esta consideración no es del todo pacífica, un sector de la doctrina entiende que el elemento culposo de la acción provoca que la figura de la responsabilidad civil tenga asimismo un carácter preventivo<sup>14</sup>. Pero, dejando al margen la posible función preventiva de esta institución, la función eminentemente reparadora de la responsabilidad civil tanto en España como Japón es especialmente relevante a la hora de valorar las soluciones opuestas por las que han optado ambos ordenamientos en cuanto al reconocimiento o no de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal.

**14.** Como reconoce el Pleno de la Sala de lo Civil en su sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, nos encontramos ante «una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual en las relaciones de familia, (...)».

## II. Rechazo de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal en España

### 1. Introducción. La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil 629/2018, de 13 de noviembre, como referencia

**15.** Cuando en nuestro país se ha planteado la admisibilidad o no de resarcir los daños morales sufridos con motivo de una infidelidad conyugal, el primer interrogante que ha surgido ha sido el de la determinación de la naturaleza jurídica del deber de fidelidad. De esta forma, la decisión sobre la referida pretensión de indemnización se sustenta en la postura por la que se opte acerca de si dicho deber tiene la consideración de auténtico deber jurídico o si, por el contrario, consiste en un deber de carácter meramente ético o moral y que, además, su incumplimiento no genera otra consecuencia jurídica que las previstas en el art. 152.4 sobre el cese de la obligación de dar alimentos, el art. 855.1º como causa de desheredación del cónyuge y el art. 1343.3º CC en relación con la revocación de las donaciones realizadas por los contrayentes entre sí.

<sup>12</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Op. Cit., en el art. 5192-1 de dicha propuesta se prevé que los daños resarcibles son «tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales».

<sup>13</sup> R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Fundamento de la responsabilidad civil”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 126 y 127; L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo V, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 20.

<sup>14</sup> F. PEÑA LÓPEZ, “Art. 1902”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12961.

16. De hecho, respecto de la naturaleza jurídica del deber de fidelidad, con la supresión del divorcio causal parece haberse *desnaturalizado* dicho deber, dada la limitación de las consecuencias jurídicas que generan su incumplimiento<sup>15</sup>. En este sentido, en el razonamiento seguido por la STS 701/1999, de 30 de julio de 1999, a la vez que se reconoce el reproche ético que puede merecer el incumplimiento de los deberes conyugales, y más aún cuando se trata del deber de infidelidad, se sostiene que «(...), es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, (...), pues lo contrario llevará a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». De lo transcrito se pueden desprender dos ideas. La primera, según la cual podría interpretarse que la postura mantenida por el Alto Tribunal parece apoyarse en el hecho de que la previsión del sistema de separación causal del anterior art. 82 CC suponía una reacción suficiente del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento del deber de fidelidad. Y la segunda, la consideración de que la posibilidad de admitir una indemnización por daños morales en estos supuestos implicaría *tener que* indemnizar por cualquier incumplimiento de un deber conyugal.

17. En nuestro país, los pronunciamientos judiciales sobre el deber de fidelidad se han producido, principalmente, a propósito de los supuestos relativos a la ocultación de la paternidad del marido respecto de los hijos nacidos de una relación extraconyugal de la esposa. La última sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil relacionado con el deber de fidelidad es la de 629/2018, de 13 de noviembre; sin embargo, los daños morales se alegaron en relación con una pretensión de indemnización cuya causa no era la infidelidad conyugal en sí, sino la ocultación de la paternidad del demandante sobre uno de los hijos habidos constante el matrimonio. Es decir, dicha pretensión de indemnización por daños morales se refería a las consecuencias derivadas de una conducta negligente a propósito de una infidelidad conyugal.

18. El propio tribunal manifiesta en dicha sentencia que «[e]s cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación». Por tanto, para la exposición de los aspectos que entiendo más relevantes acerca de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal —y no de la ocultación de la oportunidad—, sirven de referencia las razones proporcionadas en la sentencia que nos ocupa.

19. Así pues, el fallo de la STS 629/2018, de 13 de noviembre, por la que se rechaza se la indemnizabilidad de esta modalidad de daño se fundamenta en lo siguiente: a) en primer lugar, porque supondría la realización de «un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar»; b) en segundo término, se entiende que el daño indemnizable no tiene su origen en el incumplimiento del deber de fidelidad, sino «en la condición de persona afectada por la acción culpable o negligente de quien lo causa»; c) y, en último lugar, partiendo de que el Derecho de familia se caracteriza por ser una regulación específica y realizada de manera detallada, no es posible admitir la indemnización en este contexto cuando nada se ha previsto sobre la responsabilidad civil por daños morales como consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de los deberes conyugales. No obstante, a continuación me centraré en exclusiva en los aspectos más relevantes relacionados con los motivos primero —a)— y tercero —c)—, al considerar que el segundo de los motivos, haciendo referencia a la condición del afectado y de quien causa el daño, está fuera de lugar cuando tales condiciones subjetivas son inherentes a las vicisitudes que puedan darse en el seno de un matrimonio, ya que son los cónyuges quienes asumen los deberes conyugales el uno respecto del otro.

<sup>15</sup> Vid. L. LÓPEZ DE LA CRUZ, “La responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentarios a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48/2019, p. 10 —versión digital—.

## 2. Cautelas respecto de los juicios de moralidad

20. En su sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sostiene, sobre la pretensión de indemnización en el supuesto de autos, que: «[n]o se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar».

21. En primer lugar, sobre dicha afirmación, obviando la referencia a la complejidad en las valoraciones —lo cual forma parte de la propia aplicación del Derecho—, cabría objetar que el perjuicio a la familia se produzca por la determinación de una indemnización por daños morales, dado el *daño* que provoca o puede provocar a una familia la crisis matrimonial causada por la infidelidad conyugal. Esto es, lo que esencialmente puede dañar a una familia es la propia infidelidad, no el resarcimiento de los daños morales que ocasione.

22. Pero, yendo a la idea principal contenida en lo transcrito, en lo concerniente el denominado *juicio de moralidad*, entiendo que, en realidad, dicho *juicio* ha sido realizado por el legislador al incluir el deber de fidelidad entre los deberes conyugales y al haberlo mantenido hasta la actualidad, a pesar de haber tenido la oportunidad de eliminarlo, por ejemplo, con la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Es decir, en el momento en que esta cuestión ha de tratarse en un procedimiento civil al servir de base para la pretensión de indemnización por daños morales derivados del incumplimiento del deber de fidelidad, no se entra a valorar la moralidad o no de la conducta, sino si dicha conducta se ha producido o no.

23. Sin embargo, ha sido constante en nuestra doctrina la referencia a la relación entre el resarcimiento por daños morales provocados en el seno de una relación matrimonial y los *juicios de moralidad*. Así, por ejemplo, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA sostienen que la tendencia actual en el ámbito del Derecho de familia es la *contención del Estado* acerca de la elevación de los deberes morales a la categoría de deber jurídico, puesto que al entrar en el terreno de la sexualidad se habría de llevar cabo un juicio de moralidad<sup>16</sup>, lo que, a su vez, provocaría un aumento de la conflictividad<sup>17</sup>.

## 3. El deber de fidelidad: entre deber moral y deber jurídico

24. Tal como se ha puesto de manifiesto, sobre la idoneidad o no de la postura mantenida por el Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad civil por daños morales provocado por la infidelidad conyugal la doctrina se encuentra dividida, encontrando argumentos tanto a favor como en contra de dicha línea jurisprudencial. A mi juicio, lo fundamental en este debate es comenzar dilucidando si los deberes conyugales tienen la consideración de simples deberes morales o si, por el contrario, son deberes de naturaleza jurídica. En este sentido, tal vez, el problema principal que se da a la hora de aportar una respuesta a esta pregunta, que en principio puede parecer sencilla, es que hay un amplio margen para las consideraciones de tipo ético o moral —si bien esta afirmación no pretende dar a entender que el Derecho sea ajeno a lo ético o la moral—<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> M. MARTÍN CASALS / J. RIBOT IGUALADA, “Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110/2019, p. 23 —versión digital—.

<sup>17</sup> J. FERRER RIBA, “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *InDret*, 04/2001, p. 15; M. MARTÍN CASALS / J. RIBOT IGUALADA, *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>18</sup> Como puso de manifiesto el Prf. D. LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 59, acerca del principio general de buena fe recogido en el art. 7 CC, en virtud de la formulación de este principio, en dicha norma se produce el encuentro entre lo ético y lo jurídico.

25. De hecho, la SAP de Cádiz, sección 2ª, 125/2008, de 3 de abril, advierte de que, al final, en el centro del debate lo que se encuentra es la determinación de la propia naturaleza de la institución matrimonial. De tal manera que, según se explica en dicha sentencia, «[l]a garantía institucional del matrimonio insita a la consideración como derecho fundamental en la Constitución Española el de contraer matrimonio (art. 32) impone al legislador la necesidad de dotarla de contenido frente a otras instituciones de convivencia y fruto de ella es el establecimiento por el legislador de ese elenco de deberes, cuya garantía pasa necesariamente por su caracterización como auténticos deberes jurídicos. (...). Creemos que no se trata de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino de deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser».

26. Por otro lado, a favor de la consideración de los deberes conyugales como auténticos deberes jurídicos, DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, defienden esta postura basándose en que si fuesen meras *obligaciones de conciencia*, no se encontrarían recogidas entre los efectos del matrimonio. Y, además, de acuerdo con el tenor literal de los arts. 67 y 68 CC, los cónyuges *deben* o *están obligados* a cumplirlos; es decir, no son meras recomendaciones. Asimismo, no debe olvidarse que en el momento de la celebración del matrimonio, los contrayentes han de asumir tales deberes, de manera que su exclusión afectaría a la causa del negocio, lo cual se relaciona con la simulación y la reserva mental originadoras de la invalidez matrimonial<sup>19</sup>.

#### 4. Ausencia de regulación de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad

27. Entre las razones expresadas tanto por nuestra jurisprudencia como por nuestra doctrina, entiendo que el *verdadero argumento* por el que se rechaza la responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes conyugales es que dicha posibilidad no se encuentra prevista de modo expreso en nuestro ordenamiento jurídico, circunstancia que se pone en relación con la exclusión de la responsabilidad civil los daños morales provocados en el seno de las relaciones familiares.

28. Pues bien, distintas razones pueden servir de apoyo para la defensa de susodicho argumento, al no encontrarse esta modalidad de responsabilidad civil expresamente establecida en la norma. Así, parte de la doctrina sostiene, al igual que se hizo en la STS 629/2019, de 13 de noviembre, que la institución del matrimonio se encuentra regulada detalladamente, de manera que las consecuencias jurídicas que derivan de la infracción de los deberes conyugales son las que así se encuentran expresamente reguladas por la norma. Aparte de los ya citados anteriormente sobre el incumplimiento del deber de fidelidad—el cese de la obligación de dar alimentos, la desheredación del cónyuge y la revocación de las donaciones realizadas por los contrayentes entre sí—, sirva de ejemplo, en relación con el deber de respeto que se deben los cónyuges, que tanto la legislación civil como la penal se ocupan de los atentados más graves contra derechos tales como la libertad o la integridad<sup>20</sup>.

29. Contra esta idea según la cual el Derecho de familia es un sistema cerrado y completo, de manera que las consecuencias que deriven del incumplimiento de un deber conyugal serán aquellas que expresamente se prevean en las normas que regulan el matrimonio, la antes citada SAP de Cádiz, sección 2ª, 125/2008, de 3 de abril, señala que el art. 1902 CC y el antiguo art. 82 CC «*tienen un fundamento y una finalidad diversa. En un caso se trata de resolver la crisis matrimonial mediante la suspensión o extinción del vínculo matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges*».

<sup>19</sup> J. R. DE VERDA Y BEAMONTE / P. CHAPARRO MATAMOROS, Op. Cit., p. 247. Y, en páginas anteriores, en las pp. 230 y 231, los autores realizan una recopilación de los autores a favor y en contra de la responsabilidad civil en relación con los deberes conyugales.

<sup>20</sup> J. FERRER RIBA, Op. Cit., pp. 14 a 16; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Op. Cit., 2017, pp. 33 a 35.

## 5. Inidoneidad de la admisión de la responsabilidad civil en las relaciones matrimoniales

30. Al argumento acerca de la no previsión de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes conyugales y, por tanto, su inadmisibilidad, cabe plantearse si la aplicación del art. 1902 CC requiere la existencia de una norma en la que se disponga expresamente la indemnizabilidad de una determinada conducta provocadora de un determinado daño<sup>21</sup>. Es decir, en la averiguación de la voluntad del legislador acerca de esta cuestión, cabría entender que, precisamente, habida cuenta de que la responsabilidad civil se encuentra prevista en el art. 1902 CC con carácter general, no es necesaria la concurrencia de una norma que expresamente prevea la responsabilidad civil en el marco de las relaciones matrimoniales.

31. Una vez planteada esta cuestión, siempre y cuando se admitiese que los deberes conyugales son deberes jurídicos, saldríamos del ámbito propio del Derecho de familia, desplazándonos al terreno de la responsabilidad civil. Así pues, lo siguiente que se debería aclarar es si los daños nacidos por el incumplimiento de estos deberes merecen ser resarcidos o no.

32. Recurriendo de nuevo a la SAP de Cádiz, sección 2ª, 125/2008, de 3 de abril, en ella se indica que el resarcimiento por daños morales con motivo de una infidelidad conyugal solo será posible si se cumplen las normas que rigen la responsabilidad civil, de tal forma que es necesaria «*la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que deba ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado entre el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor*». En sentido parecido, dentro de nuestra doctrina se ha defendido esta posibilidad con base en el necesario cumplimiento de los requisitos antes mencionados. Así, por ejemplo, DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, señalan que la culpa en supuestos semejantes se produciría con el incumplimiento grave o reiterado de dicho deber, en los mismos términos en que se expresaba el art. 82 CC antes de su modificación en el año 2005<sup>22</sup>. Con esta breve referencia, lo que pretendo dejar en evidencia es que el resarcimiento no se produciría por la mera existencia de una infidelidad conyugal, sino que deberían darse todos y cada uno de los requisitos que se prevén en el art. 1902 CC.

33. Son razonables las reticencias en cuanto a la posibilidad de resarcimiento de los daños morales causados por una infidelidad conyugal; ahora bien, también parece razonable admitir la responsabilidad en esta sede, ya que no sería una sanción a dicho incumplimiento, sino que la indemnización por tales daños solo se determinaría en el caso de que concurriesen todos los requisitos antes citados con la pretensión de resarcir unos daños morales previamente demostrados.

## III. Admisión de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal en Japón

### 1. Introducción

#### A) Reforma del Código Civil Japonés tras la Constitución Japonesa de 1947

34. Antes de la importante reforma del CCJap que se llevó cabo tras la promulgación de la Constitución Japonesa de 1947, la legislación relativa a la institución del matrimonio se encontraba marcada por la desigualdad entre el hombre y la mujer. Así, el Código Penal japonés (刑法, *keihō*) preveía en su art. 183 el delito de adulterio cometido por la esposa (姦通罪, *kantsūzai*) —en cambio, la infidelidad

<sup>21</sup> P. SALVADOR CODERCH / S. RAMOS GONZÁLEZ / C. GÓMEZ LIGÜERRE / A. RUBÍ PUIG / Á. LUNA YERGA / R. MILÀ RAFEL, *Derecho de Daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2020, p. 24.

<sup>22</sup> Acerca del cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad civil, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE / P. CHAPARRO MATAMOROS, Op. Cit., pp. 232 y ss.

del marido no tenía la consideración de delito—. En lo que respecta al CCJap, por un lado, de acuerdo con su art. 768 se prohibía la celebración de matrimonio por parte de la mujer divorciada a causa de su infidelidad con el que había sido su amante durante la relación matrimonial (相姦婚, *sôkankon*); y, de otra parte, la desigualdad entre los cónyuges en perjuicio de la mujer tenía su reflejo asimismo en lo concerniente a las causas del divorcio contencioso (裁判上の離婚, *saibanjôno rikon*), debido a que el divorcio se concedía únicamente en el supuesto de que la infidelidad la hubiese cometido la esposa a tenor de lo dispuesto por el antiguo art. 813 CCJap.

35. Sin embargo, una vez se produjo la equiparación entre los derechos de hombres y mujeres gracias a lo establecido por el art. 24 de la Constitución Japonesa de 1947, este principio de igualdad provocó la consiguiente modificación del CCJap afectando, por tanto, a las normas reguladoras del matrimonio. Así pues, se eliminó la prohibición de que la mujer divorciada contrajese nuevas nupcias con su amante una vez producido el divorcio a causa de su infidelidad y, a su vez, la infidelidad conyugal como causa de divorcio contencioso se previó cuando la relación extraconyugal la hubiese mantenido tanto el hombre como la mujer. De hecho, una vez producida la referida reforma, las referencias al «adulterio» (姦通罪, *kantsûzai*) son sustituidas por el concepto de «infidelidad» o «conducta infiel» (不貞行為, *futeikôï*), ya que el término «adulterio» empleado aludía en exclusiva a los actos de infidelidad cometidos por la mujer<sup>23</sup>.

36. Hay que reconocer, no obstante, que la igualdad de derechos entre los cónyuges se fue gestando con anterioridad a la referida Constitución de 1947 materializándose en el reconocimiento de la grave ofensa que puede suponer para la esposa la infidelidad del marido. De esta forma, en la sentencia del Tribunal Supremo japonés (大審院, *daishin'in*)<sup>24</sup> de 19 de diciembre de 1918 (大審院判決大正7.12.19民祿24輯2364頁), a pesar de que la norma no reconocía la infidelidad del marido como causa del divorcio contencioso, en este supuesto se consideró que constituía una ofensa tal merecedora de la concesión del divorcio solicitado por la mujer<sup>25</sup>.

## B) Modalidades de divorcio en Japón y su incidencia

37. En el ordenamiento jurídico japonés existen cuatro modos distintos por los que proceder al divorcio. En la redacción original del CCJap se preveían dos modalidades de divorcio, en primer lugar, el de mutuo acuerdo o consensuado (協議上の離婚, *kyôgijôno rikon*) y, en segundo lugar el divorcio contencioso o judicial (裁判上の離婚, *saibanjôno rikon*). Pero, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 152/1947, de 6 de diciembre, se incorporan otras dos formas de divorcio al ordenamiento jurídico japonés, que son: el divorcio llevado a cabo por acto de conciliación ante el Juez de Familia y un mediador entre los cónyuges (調停離婚, *chôteirikon*) y, de otra parte, el divorcio que se produce por la resolución del Juzgado de Familia (審判離婚, *shinpanrikon*).

38. De esta forma, en primer lugar, los cónyuges pueden divorciarse de forma consensuada (協議上の離婚, *kyôgijôno rikon*), haciéndolo efectivo por medio de la correspondiente inscripción en el Registro de Familia. En segundo lugar, si los cónyuges no alcanzan un acuerdo, podrán proceder al divorcio a través de la solicitud de un acto de conciliación ante el Juzgado de Familia (調停離婚, *chôtei-*

<sup>23</sup> Autor desconocido, “Japanese Family Law”, *Stanford Law Review*, Vol. 9, No. 1, 1956, p. 152, en nota a pie de página se indica que: «[t]he terminology “unchaste act” [*futei kôï*] was selected because the older term “adultery” [*kantsû*] was regarded only as applying to a woman’s extramarital activities. *Minutes of the Hearings Before the Judicial Committee*, House of Councillors, 1<sup>st</sup> National Diet, No. 27, at 4 (June 2, 1947) (explanation by government representative Okuno). Sobre esta cuestión, asimismo, K. STEINER, *Op. Cit.*, pp. 292 y 293.

<sup>24</sup> Hasta 1947, el Tribunal Supremo japonés se denominaba «大審院» (*daishin'in*) pero, después de la Segunda Guerra Mundial, con la Constitución de 1947, se creó un nuevo órgano jurisdiccional superior que se denominó «最高裁判所» (*saikô-saibansho*).

<sup>25</sup> S. MINAMIKATA, *Family and Succession Law in Japan*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2020, p. 85.

*rikon*). Si el acto de conciliación fracasa, en tercer lugar, podrán los cónyuges solicitar la resolución del Juzgado de Familia por la que se les conceda el divorcio al haberse constatado que el matrimonio está efectivamente roto y que no hay posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo (審判離婚, *shinpan-rikon*). Por último, cuando los intentos de conciliación anteriores han fallado, los cónyuges podrán solicitar el divorcio a través de demanda fundamentada en las causas de divorcio del art. 770 CCJap (裁判上の離婚, *saibanjôno rikon*)<sup>26</sup>.

39. A diferencia de países de tradición católica como el nuestro, en Japón el divorcio consensuado ya era admitido alrededor del s. VIII. En este sentido, precisamente la previsión del divorcio consensuado en el CCJap —de influencia anglosajona, francesa y, sobre todo, alemana— respondía a la voluntad de que en él se reflejase la tradición japonesa en materia de Derecho de Familia. En cambio, la figura del divorcio contencioso sí que tenía menos aceptación por parte de la sociedad japonesa. Esta circunstancia se explica debido a que el divorcio era considerado una cuestión que debía quedar en la intimidad de las familias, de tal manera que el procedimiento de divorcio ante jueces y tribunales se consideraba en cierto modo deshonoroso<sup>27</sup>. De hecho, el divorcio contencioso o judicial no tuvo apenas repercusión, en las dos primeras décadas del s. XX no llegó siquiera al 1% de los divorcios que tuvieron lugar en Japón<sup>28</sup>.

40. Pues bien, en la actualidad, las tasas de divorcio contencioso siguen siendo bastante bajas en Japón, estimándose que en 2019 los divorcios por mutuo acuerdo aproximadamente supusieron el 88,1%, el 8,8% tuvieron lugar a través de la mediación de los juzgados de familias y, por último, el divorcio contencioso tan solo alcanzó el 1% del total<sup>29</sup>, lo que representa el mantenimiento de la costumbre japonesa de evitar esta modalidad de divorcio.

### C) Concepto de infidelidad en el ordenamiento jurídico japonés

41. Cabe señalar que la conducta infiel (不貞行為, *futeikô*) en Japón es un concepto amplio que va más allá del tenor literal de la expresión y de significado muy distinto a lo que se considera *infidelidad* en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso de España, el deber de fidelidad se entiende que va más allá de lo sexual, alcanzando el plano espiritual; consecuentemente, el deber de fidelidad se compone, asimismo, de la confianza y la lealtad entre los cónyuges<sup>30</sup>.

42. Así pues, en cuanto a la noción de conducta infiel a la que se refiere el art. 770.1.1 CCJap como causa de divorcio contencioso, la amplitud de dicho concepto no se refiere a lo espiritual sino a que llega a abarcar situaciones tales como la violación cometida por el cónyuge o la inseminación de la esposa con esperma de donante sin el consentimiento del marido. En cambio, si la infidelidad la hubiese cometido el cónyuge con una persona de su mismo sexo, dicha relación extramatrimonial no tendría la consideración de infidelidad en los términos previstos por el art. 770.1.1 CCJap, de tal manera que en estos supuestos, en un divorcio contencioso, habría de alegarse la cláusula general del art. 770.1.5 CCJap por el que esta forma de divorcio podrá producirse cuando «concurran otras causas que hagan difícil la continuación del matrimonio»<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> F. BARBERÁN / R. DOMINGO, Op. Cit., p. 384; S. MINAMIKATA, Op. Cit., pp. 86 a 94; C. DANWERTH, “Basic Principles of Japanese Family Law”, *Journal of Japanese Law*, No. 31, 2011, p. 243.

<sup>27</sup> S. MINAMIKATA, Op. Cit., pp. 84 y 85.

<sup>28</sup> F. BARBERÁN / R. DOMINGO, Op. Cit., p. 46.

<sup>29</sup> Datos obtenidos del Portal de Estadísticas del Gobierno de Japón (政府統計の総合窓口, *seifutôkeino tógômadoguchi*). Enlace web: [https://www.e-stat.go.jp/en/stat-search/files?page=1&query=types%20divorce%20&layout=dataset&toukei=00450011&tstat=000001028897&stat\\_infid=000031981603&metadata=1&data=1](https://www.e-stat.go.jp/en/stat-search/files?page=1&query=types%20divorce%20&layout=dataset&toukei=00450011&tstat=000001028897&stat_infid=000031981603&metadata=1&data=1)

<sup>30</sup> R. PÉREZ GALLEGO, Op. Cit., p. 144.

<sup>31</sup> S. MINAMIKATA, Op. Cit., p. 94.

## 2. Fundamentos

43. Aunque la doctrina jurisprudencial en Japón admite la indemnizabilidad de los daños morales (慰謝料, *isharyô*) ocasionados por la infidelidad conyugal, no solo considerando responsable al cónyuge infiel sino también a su amante bajo determinadas circunstancias, es preciso señalar que esta cuestión no es del todo pacífica en la doctrina japonesa. En consecuencia, debido a que el deber de fidelidad conyugal no constituye uno de los deberes conyugales establecidos por el CCJap y que tampoco se reconoce de modo expreso la responsabilidad civil derivada de la infidelidad conyugal, un sector doctrinal defiende que, si bien el deber de fidelidad ocupa un lugar de relevancia en la vida en común de todo matrimonio, esta es un cuestión que debería circunscribirse al ámbito de la moralidad en la vida privada<sup>32</sup>.

44. No obstante, a pesar de que el deber de fidelidad no se encuentra expresamente previsto en el CCJap, la jurisprudencia y una parte importante de la doctrina entienden que su infracción se considera una conducta ilícita (不法行為, *fuhôkô*), de tal manera que la indemnización por daños morales derivados de la infidelidad conyugal es admitida en aplicación de lo estipulado por los arts. 709 y 710 CCJap.

45. Desde esta posición mayoritaria, se entiende que tras las reformas operadas en la legislación japonesa adecuándola al principio constitucional de igualdad entre sexos, habían de preverse las medidas oportunas con el fin de proteger la institución del matrimonio. Es más, acerca de la ilicitud de la conducta, antes de la referida reforma, ya se puso de manifiesto dicha cuestión, de tal manera que en la sentencia del Tribunal Supremo japonés (大審院, *daishin'in*) de 20 de julio de 1936 (大決大正 15.7.20刑集5 券318頁) al entrar a examinar un supuesto sobre el tema que nos ocupa, se concluye que la infidelidad conyugal consiste en un ilícito civil, en tanto que afecta a la paz, la seguridad y la felicidad de la vida en común de los cónyuges. Una vez reformada la legislación relativa al matrimonio, en igual sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo japonés (最高裁判所, *saikô-saibanshō*) de 1979 (裁判昭和54.3.30刑集33 券2号303頁), enfatizando la importancia de la protección de la paz y felicidad de la vida en familia ante conductas que pueden ser calificadas como incitación a la infidelidad y provocadoras de la ruptura del orden de una vida familiar saludable<sup>33</sup>.

46. Por otro lado, a pesar de que el deber de fidelidad entre los cónyuges no esté expresamente recogido en la norma japonesa salvo en cuanto a que constituye una de las causas de divorcio contencioso conforme al art. 770.1.1 CCJap, el hecho de que su incumplimiento sea generador de responsabilidad se ha sustentado, asimismo, en que el art. 732 CCJap prohíbe la bigamia al disponer que «[l]a persona que tenga cónyuge no podrá contraer simultáneamente otro matrimonio», de manera que el matrimonio japonés, al igual que el español, es una institución monógama y, consecuentemente, se considera que de él surge un *deber natural* de fidelidad que los cónyuges aceptaron al manifestar su consentimiento para contraer matrimonio.

47. Consecuentemente, el incumplimiento del deber de fidelidad, entendido como un deber jurídico, tiene la consideración de conducta ilícita siendo generadora de responsabilidad en el supuesto de que provoque un daño o perjuicio moral —como la angustia mental (精神的苦痛, *seishintekikutsû*)— al cónyuge que sufre la infidelidad, siendo necesario, por supuesto, que se den los requisitos previstos por

<sup>32</sup> J. KURODA, (“不貞行為と慰謝料 — 相手方に対する請求を中心に—” (“*Futeikôito isharyô —aitekatanitaisuru seikyûwo chûshin—*”, “Infidelidad e indemnización —el foco sobre la responsabilidad del tercero—), 国士館法研論集 (*Ko-kushikan Hôken Ronshu*), No. 6, 2005, p. 37.

<sup>33</sup> K. YOSHIDA / T. KUWA, “民事判例研究” (“*Minji hanrei kenkyû*”, “Estudio de jurisprudencia civil”), 北大法学論集 (*Hokkaido Law Review*), 71 (1), 2020, pp. 164 a 166. En relación con la citada sentencia del Tribunal Supremo japonés de 20 de julio 1936, señalan los autores, asimismo, que el fallo de la misma fue revolucionario en el sentido de que en él se reconoce la discriminación por razón de sexo en las normas relativas al divorcio —en tanto que en aquel momento solo constituía causa de divorcio la infidelidad llevada a cabo por la mujer y no la del hombre— o que el adulterio consistiese en un tipo penal únicamente previsto ante la infidelidad de la esposa (p. 164).

el art. 709 CCJap, que prevé la norma general sobre responsabilidad civil, y el art. 710 CCJap, acerca de los daños no patrimoniales<sup>34</sup> —aunque, como veremos, en el caso de la responsabilidad civil del amante del cónyuge han de concurrir asimismo otros requisitos añadidos—.

### 3. Tipos de responsabilidad

#### A) La responsabilidad civil de cónyuge infiel. Distinción entre la responsabilidad civil por divorcio y la responsabilidad civil por infidelidad

48. En el ordenamiento jurídico japonés se distingue entre la indemnización por los daños morales ocasionados por la concurrencia de una conducta ilícita (不法行為に基づく慰謝料, *fuhôikôini motozukuisharyô*) conforme a lo previsto por el art. 709 CCJap —como puede ser el incumplimiento del deber de infidelidad— y, de otra parte, la posible indemnización por los daños morales derivados del divorcio en sí mismo considerado (離婚に基づく慰謝料, *rikonni motozukuisharyô*) en aplicación del art. 768 CCJap.

49. En lo que concierne a la indemnización por el divorcio, la pretensión de indemnización por daños morales se fundamentaría en lo previsto por el art. 768 CCJap, dedicado a la liquidación del patrimonio. Dispone tal artículo lo siguiente: «1. Cualquiera de los cónyuges que se haya divorciado por mutuo acuerdo podrá exigir del otro la partición patrimonial. 2. A falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar del Juzgado de Familia que adopte medidas en relación con la distribución del patrimonio a que se refiere el apartado anterior, salvo que ya hubieren transcurrido dos años desde el divorcio. 3. En el caso del apartado anterior, el Juzgado de Familia, tomando en consideración el montante del patrimonio conseguido por la colaboración de ambos cónyuges y todas las demás circunstancias concurrentes, decidirá sobre la procedencia o no del reparto, la cuantía que corresponde a cada cónyuge y el modo de realizarlo».

50. A pesar de que, a tenor de lo establecido en dicha norma, la referida indemnización por los daños morales que derivan del divorcio —y no de una hipotética conducta ilícita como la infidelidad— no parece entrar dentro de lo que se consideraría la partición de los bienes entre los cónyuges, la doctrina mayoritaria japonesa y la jurisprudencia admiten la previsión de una indemnización por los daños morales ocasionados por el divorcio dentro de la liquidación del patrimonio<sup>35</sup>.

51. En cambio, el hecho de resarcir por los daños morales que derivan de la disolución del matrimonio en el seno del procedimiento de partición de bienes conyugales es una posibilidad que no se admite en nuestro ordenamiento jurídico. Esta circunstancia viene a confirmar la preocupación del ordenamiento jurídico japonés por los daños morales surgidos de las crisis matrimoniales en contraste con la postura por la que se ha optado en nuestro país, ya que la liquidación del régimen económico matrimonial se refiere en exclusiva a bienes patrimoniales.

52. Ya que lo dispuesto por el art. 768 CCJap no se circunscribe exclusivamente a la liquidación patrimonial, sino que incluye la posible compensación al cónyuge que se ve desfavorecido por el divorcio, los términos en los que se ha previsto la partición del patrimonio en el citado art. 768 CCJap nos llevaría en todo caso a pensar en la figura de la pensión compensatoria del art. 97 CC. Ahora bien,

<sup>34</sup> J. KURODA, Op. Cit., pp. 33 y 34. En cuanto al reconocimiento del deber de fidelidad sustentado en la prohibición de la bigamia, S. MINAMIKATA, Op. Cit., pp. 77 y 78; K. ATIKAKE, “不貞行為に基づく慰謝料と離婚に基づく慰謝料: 元実務家の雑考” (“*Futeikôini motozukuisharyôto rikonni motozukuisharyô: Motojitsumukano zakkô*”, “La indemnización basada en la infidelidad y la indemnización basada en el divorcio: reflexiones de un antiguo ejerciente”), *山梨学院ロー・ジャーナル (Yamanashi Gakuin Law Journal)*, Vol. 10, 2015.

<sup>35</sup> S. MINAMIKATA, Op. Cit., pp. 207 y 208; F. BARBERÁN / R. DOMINGO, Op. Cit., pp. 387 y 388.

lo previsto por el art. 97 CC responde, según los casos, a la finalidad de contrarrestar el desequilibrio económico a causa del divorcio —función compensatoria— o de cubrir las necesidades de alimentos de uno de los cónyuges —función asistencial—<sup>36</sup>. Es decir, no se incluye una hipotética *compensación* por el sufrimiento que el divorcio pudiese ocasionar a uno de los cónyuges. Como recuerda la STS 864/2010, de 19 de enero, según la STS 43/2005, de 10 de febrero, sobre la pensión compensatoria: «[s]u naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, por que el artículo 97 del código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge receptor; lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (...)».

**53.** No obstante, volviendo a la coexistencia de la indemnización por daños morales derivados de una conducta ilícita —como el incumplimiento del deber de fidelidad— y la indemnización por daños morales derivados del divorcio en el CCJap, resulta que, según reconocen doctrina y jurisprudencia, esta circunstancia puede resultar bastante conflictiva desde una perspectiva tanto teórica como práctica, más aún teniendo en cuenta la posibilidad de admitir la responsabilidad civil del amante del cónyuge infiel<sup>37</sup>.

**54.** Desde un punto de vista práctico, aunque la jurisprudencia venía admitiendo la posibilidad de que, una vez producida la partición del patrimonio, una de las partes podía solicitar el resarcimiento de los daños morales con base en lo dispuesto por el art. 709 CCJap, siempre que se considerase que los daños emocionales no fueron *compensados* por medio de la partición o liquidación del patrimonio, también es posible que en el procedimiento ante el Juzgado de Familia por el que se proceda a dicha partición se resuelva asimismo sobre una pretensión de indemnización fundamentada en el art. 709 CCJap —vid., art. 17 de la Ley 53/2011, de Reforma del Código de Procedimiento Civil (民事訴訟法, *minjishôhō-hô*)<sup>38</sup>.

## B) La responsabilidad civil del amante del cónyuge infiel

**55.** Sin lugar a dudas, entre las diferencias que se advierten entre los ordenamientos jurídicos español y japonés acerca de la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal, lo que más llama la atención a los ojos del jurista español es que en Japón se admita dicha responsabilidad por parte del amante del cónyuge que ha incumplido el deber de fidelidad.

**56.** La responsabilidad por daños morales del amante del cónyuge infiel ya fue admitido por la jurisprudencia japonesa a principios del s. XX —vid., sentencia del Tribunal Supremo japonés (大審院, *daishin'in*) de 1 de octubre de 1903 (大判明治36.10.1刑録9輯1425頁)—. Y, aunque dicha posibilidad se ha mantenido hasta nuestros días, con el paso del tiempo la jurisprudencia ha ido limitando su alcance, previendo los requisitos de necesaria concurrencia para la estimación de esta pretensión de indemnización.

**57.** En lo concerniente a la perspectiva doctrinal, YOSHIDA y KUWA enumeran las distintas posturas que han mantenido los autores japoneses sobre la eventual responsabilidad del amante del cónyuge infiel. Así pues, en primer lugar, se hallan los autores que defienden que, independientemente de la conducta del tercero, en el supuesto de que se produzca la ruptura del matrimonio, el amante del cónyuge infiel será responsable por haber llevado a cabo una conducta a todas luces ilícita. En segundo lugar, están las posturas intermedias que, en mayor o menor grado, entienden que para la apreciación de esta modalidad de responsabilidad es indispensable cierta rigidez en cuanto a los requisitos para su aprecia-

<sup>36</sup> C. BELTRÁ CABELLO, “Pensión compensatoria”, en *Tratado de Derecho de Familia*, M. LINACERO DE LA FUENTE (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 948 a 951.

<sup>37</sup> K. YOSHIDA / T. KUWA, Op. Cit., pp. 163 y 164.

<sup>38</sup> S. MINAMIKATA, Op. Cit., pp. 208 y 209.

ción —por ejemplo, que el amante utilice la infidelidad para dañar al otro cónyuge o que se requiera que el tercero actuase empleando violencia o engaño—. Asimismo, dentro de las posturas que he denominado *intermedias*, se encuentra la que defiende que, una vez el matrimonio entra en crisis y, por tanto, sin necesidad de que se produzca el divorcio, los cónyuges dejan de estar obligados al cumplimiento del deber de fidelidad; de tal manera que las relaciones extraconyugales habidas a partir de ese momento no generarían responsabilidad. Por último, dentro de la doctrina japonesa se encuentran algunas voces que consideran que bajo ninguna circunstancia debe responsabilizarse al amante del cónyuge infiel por los daños morales que pudiere haber sufrido el otro cónyuge con motivo de la infidelidad<sup>39</sup>.

**58.** En lo que respecta a la perspectiva jurisprudencial, para la exposición de esta posibilidad admitida en el ordenamiento jurídico japonés, me basaré en la sentencia del Tribunal Supremo japonés (最高裁判所, *saikô-saibansho*), de 19 de febrero de 2019 (平成31.2.19民集73券2号187頁) sobre la responsabilidad por daños morales del amante del cónyuge infiel<sup>40</sup>.

**59.** Como hechos más relevantes acerca de la referida sentencia, nos encontramos ante un caso en el que el demandante es el marido que ha sufrido la infidelidad de su esposa y el demandado es el amante de la misma. Habiendo contraído matrimonio en marzo de 1994, fruto de dicho matrimonio nacieron su hijo en agosto de 1994 y en octubre del siguiente año su hija. Desde diciembre de 2008, la esposa entró a trabajar en la misma empresa en la que trabajaba el que luego sería su amante, siendo frecuente que la esposa no volviese a casa por motivos de trabajo. Así las cosas, el marido tuvo conocimiento de la infidelidad de su esposa en torno a mayo de 2010, si bien por aquellas fechas la relación extraconyugal ya se había extinguido. A pesar de la infidelidad de la que tuvo conocimiento el marido, el matrimonio continuó conviviendo y dicha convivencia no cesó hasta el mes de abril de 2014, coincidiendo con la entrada de su hija en la universidad, de tal manera que a fecha de 25 de febrero de 2015 los cónyuges llegaron a un acuerdo de divorcio.

**60.** Pues bien, en este contexto, el demandante solicita la indemnización por daños morales causados por la infidelidad conyugal al amante de su esposa, al considerar que el divorcio fue provocado por dicha relación extramarital —la infidelidad sería el acto ilícito y el daño moral la angustia sufrida por el esposo demandante— y que, por tanto, sería de aplicación lo previsto en los arts. 709 y 710 CCJap sobre la responsabilidad civil por daños.

**61.** Sin embargo, en la sentencia que nos ocupa se pone de manifiesto que la responsabilidad del amante del cónyuge por los daños morales ocasionados por la infidelidad se limita a aquellos supuestos en los que *el tercero en discordia*, además de mantener una relación con uno de los cónyuges, actuó con la intención de provocar la efectiva ruptura del matrimonio.

**62.** Por tanto, el Alto Tribunal japonés considera que no se dan las especiales circunstancias requeridas para el reconocimiento de la responsabilidad por daños morales del amante del cónyuge infiel con base en los siguientes motivos: en primer lugar, la relación matrimonial se encontraba en crisis antes de que tuviese lugar la infidelidad de la esposa —se indica en la sentencia que cuando ella entró a trabajar en la empresa donde conoció al que sería su amante ya no mantenía relaciones íntimas con su esposo—; segundo, cuando el marido tuvo conocimiento de la infidelidad, dicha relación extraconyugal ya había terminado y, por último, una vez descubierta la infidelidad, los cónyuges mantuvieron la convivencia durante cuatro años.

**63.** Con esta última sentencia del Tribunal Supremo japonés, se reitera su jurisprudencia consolidada acerca de los requisitos que han de concurrir para la apreciación de responsabilidad civil por da-

<sup>39</sup> K. YOSHIDA / T. KUWA, Op. Cit., pp. 162 a 167.

<sup>40</sup> Resumen de la sentencia traducida al inglés disponible en el siguiente enlace: [https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1633](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1633)

ños morales por el amante del cónyuge infiel, conjugando, por tanto, el mantenimiento de la protección de la vida conyugal y el respeto del libre desarrollo de la personalidad —vid., sentencia del Tribunal Supremo japonés de 26 de marzo de 1997 (最三小判平成8.3.26民集50券4号993頁), que destaca al considerar que no es posible apreciar responsabilidad por parte del amante del cónyuge infiel cuando el matrimonio ya estuviese roto en el momento en el que tuvo lugar la referida infidelidad—.

#### IV. Conclusiones

**64.** A un mismo problema, como el de la responsabilidad civil nacida del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, y sin que se encuentre expresamente regulado ni por el Código Civil español ni el japonés, cada uno de estos dos ordenamientos jurídicos ha optado por soluciones contrapuestas que se fundamentan, en primer lugar, en la naturaleza jurídica que se le atribuye al deber de fidelidad conyugal y, en segundo lugar, en la determinación del alcance de la responsabilidad civil en las relaciones matrimoniales.

**65.** En cuanto a la interpretación que realizan la doctrina y la jurisprudencia japonesas mayoritarias sobre el contenido propio del matrimonio y la protección que merece dicha institución, destaca que, a pesar de no preverse en el Código Civil japonés el deber de fidelidad entre cónyuges, dicho deber se deduce de la consideración del matrimonio como institución monógama —estando prohibida la bigamia— y su incumplimiento constituye la comisión de una conducta ilícita. De este modo, en el ordenamiento jurídico japonés se ha optado por la consagración del deber de fidelidad como auténtico deber jurídico.

**66.** Acerca de la responsabilidad civil nacida en el seno de una relación matrimonial, se comprueba que en Japón reviste especial importancia la protección del cónyuge por el sufrimiento que pueda padecer a causa del divorcio en sí mismo considerado o de los motivos que hayan provocado la ruptura conyugal. De hecho, el hipotético daño moral que hubiese podido sufrir uno de los cónyuges no solo puede resarcirse por la vía de la responsabilidad civil, sino que, además, puede tomarse en consideración a la hora de proceder a la partición de los bienes.

**67.** Si se trasladasen a España las medidas previstas en Japón sobre la responsabilidad civil por los daños morales derivados del incumplimiento del deber de fidelidad, habría de plantearse qué aceptación tendrían y cuál sería su impacto en la práctica jurídica. Tal vez, como advierten algunos autores, admitir esta modalidad de responsabilidad tendría un impacto negativo provocado por el aumento de la conflictividad en nuestro país. Ya que, aparte de las diferencias que se reconocen entre las normas que regulan el divorcio en un país y en el otro, para la valoración de esta posibilidad hay que tener presente, asimismo, aspectos de índole cultural y social —no debe perderse de vista que la tasa de divorcios contenciosos en España es superior a la de Japón—<sup>41</sup>.

**68.** A mi entender, debe partirse del hecho de que la celebración de un matrimonio es un acto de libre voluntad y que supone la aceptación de los derechos y deberes a él inherentes —entre los que se incluye el deber de fidelidad—. En consecuencia, una vez contraído matrimonio, antes de incumplir cualquiera de los deberes conyugales, siempre se puede optar por la separación o el divorcio. El matri-

<sup>41</sup> De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, según la versión actualizada de su nota de prensa de 28 de septiembre de 2020, el 78,9% de los divorcios que tuvieron lugar en 2019 en España fueron de mutuo acuerdo, de manera que el 21,1% restante fueron contenciosos. En cambio, según el Portal de Estadísticas de Japón, en 2019 el 88,1% de los divorcios en dicho país fueron de mutuo acuerdo. Ahora bien, dadas las diferencias entre las distintas modalidades de divorcios en ambos países, en Japón únicamente el 1% de los divorcios fueron de tipo de contencioso. Enlace web del INE: [https://www.ine.es/dyngs/INE-base/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INE-base/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206) Enlace web del Portal de Estadísticas de Japón: [https://www.e-stat.go.jp/en/stat-search/files?page=1&query=types%20divorce%20&layout=dataset&toukei=00450011&tstat=000001028897&stat\\_infid=000031981603&metadata=1&data=1](https://www.e-stat.go.jp/en/stat-search/files?page=1&query=types%20divorce%20&layout=dataset&toukei=00450011&tstat=000001028897&stat_infid=000031981603&metadata=1&data=1)

monio no es indisoluble y la separación o divorcio no requieren la concurrencia ni de justa causa ni de la voluntad del otro cónyuge. Y, aunque es cierto que nadie tiene derecho a ser amado, tampoco nadie tiene la obligación de casarse.

69. A partir de esta consideración, creo que, en aquellos supuestos en los que la infidelidad se produce concurriendo circunstancias de gravedad o de manera reiterada, tampoco parece razonable excluir de manera tajante la responsabilidad civil por los daños morales que pudiese provocar el cónyuge infiel. Y no me estoy refiriendo a las posibles consecuencias de una conducta negligente por parte del cónyuge infiel —como la ocultación de la paternidad del amante de los hijos habidos en el matrimonio—, sino a la infidelidad propiamente dicha. Por tanto, con el establecimiento de unos criterios rigurosos para la estimación del resarcimiento de este tipo de daños, entiendo que no se correría el peligro de llegar al absurdo de indemnizar por el simple sufrimiento que de ordinario puede provocar a cualquier persona la infidelidad del cónyuge.

# IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA). ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

## LEGAL AND BIOETHICAL IMPLICATIONS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI). SPECIAL CONSIDERATION OF THE INTERNATIONAL REGULATORY FRAMEWORK

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

*Catedrático de Derecho Internacional Público  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 11.12.2020 / Aceptado: 11.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5959>

**Resumen:** Al igual que otros avances científicos y tecnológicos, la Inteligencia Artificial (AI) plantea tanto beneficios como desafíos y, por algunas de sus características (opacidad, naturaleza indeterminada e imprevisibilidad en cuanto a los riesgos) demanda una regulación internacional para asegurar que no pondrá en peligro los derechos humanos y las libertades fundamentales. En este estudio se plantea varias opciones (tratado internacional, códigos de conducta y activismo judicial por parte de órganos de control internacionales) que podrían servir a tal fin, decantándonos por la que nos parece la mejor opción: la vía de estandarización de principios informadores como la dignidad humana en conexión con el principio de necesidad, en tanto que catalizador de una respuesta de la comunidad mundial sobre una base consensual colectiva.

**Palabras clave:** regulación internacional de la IA, comunidad mundial, Derecho Global, Principios informadores del ordenamiento jurídico internacional, Principios de dignidad humana y de necesidad.

**Abstract:** Like other scientific and technological advances, Artificial Intelligence (AI) poses both benefits and challenges and, due to some of its characteristics (opacity, indeterminate nature, and unpredictability in terms of risks) it demands international regulation to ensure that it will not compromise human rights and fundamental freedoms. In this study, several options are proposed (international treaty, codes of conduct and judicial activism by international control bodies) that could serve this purpose, opting for what seems to us the best option: the standardizing path of informing principles such as human dignity in connection with the principle of necessity, as a catalyst for a response by the world community on a collective consensual basis.

**Keywords:** International Regulation of Artificial Intelligence , World Community , Global Law, Informing Principles of International Legal Order, Principles of Human Dignity and Necessity.

**Sumario:** I. Introducción. La inteligencia artificial (IA): constantes y cambios frente a otros desafíos tecnológicos para el Derecho Internacional. 1. La experiencia aprendida del pasado frente a similares retos. 2. La especificidad de la IA que introduce cambios no contemplados en el pasado. A)

---

\* Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del MICINN Biomedicina, Inteligencia Artificial, Robótica y Derecho: los Retos del Jurista en la Era Digital. (PID2019-108155RB-I00).

La indeterminación conceptual de la IA. B) La opacidad de la IA. C) La imprevisibilidad en cuanto a los riesgos y desafíos que plantea su utilización. II. Opciones sobre la mesa: la vía convencional uniformadora del hard law (tratado), la vía armonizadora del soft law (códigos de conducta) y/o la vía intermedia (interpretación jurisprudencial teleológica de los tratados en vigor). 1. Una solución de hard law: ¿un tratado específico sobre IA? Luces y sombras. 2. Una solución de soft law: ¿códigos de conducta jurídicamente no vinculantes? 3. Una solución intermedia: ¿el activismo judicial de tribunales internacionales previstos en tratados internacionales sin necesidad de modificar éstos? III. La vía de estandarización del Global Law (principios informadores) como catalizador de una respuesta de la comunidad mundial sobre una base consensual colectiva. 1. Los principios de precaución y de gestión responsable del riesgo en el ciclo de vida de los sistemas de IA. 2. El principio de necesidad vinculado al principio de dignidad humana como un emergente principio general del Derecho Global frente a los riesgos de una expansión imparables y sin control de la IA. IV. Conclusiones.

## I. Introducción. La inteligencia artificial (IA): constantes y cambios frente a otros desafíos tecnológicos para el Derecho Internacional

1. En 1989, Isaac ASIMOV señaló las que se conocen como las tres leyes de la robótica. Primera Ley: “un robot no hará daño a un ser humano ni, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño”. Segunda Ley: “un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entren en conflicto con la primera ley”. Tercera Ley: “un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o con la segunda ley.”<sup>1</sup> Es relevante, más allá de la simplicidad de estas reglas, la idea subyacente de que la tecnología –representada aquí en forma de robots- debía estar regulada; esto es, sometida a algún tipo de código de conducta de carácter ético, moral e incluso jurídico. Desde la proclamación de las leyes de la robótica hace treinta años, nadie ha cuestionado su validez y este consenso general sirve de punto de partida para el presente estudio. La pregunta desde la que partimos es si esas tres leyes, u otras más sofisticadas, son válidas y/o necesarias para la inteligencia artificial (en adelante “IA”).

2. La IA es una disciplina científica que incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (del que el aprendizaje profundo y el aprendizaje por refuerzo constituyen algunos ejemplos), el razonamiento automático (que incluye la planificación, programación, representación y razonamiento de conocimientos, búsqueda y optimización) y la robótica (que incluye el control, la percepción, sensores y accionadores, así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciberfísicos)<sup>2</sup>.

3. Antes de responder a la pregunta anterior, debe volver a recordarse que la finalidad última de dichas leyes de la robótica era preservar al ser humano<sup>3</sup> y la pertinencia de esta llamada a la memoria se explica por el hecho de que si los avances científicos y tecnológicos de los que somos testigos en los últimos años conllevan tanto beneficios como desafíos para los individuos y las sociedades, tratándose de la IA, los riesgos para los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, es una realidad no cuestionada en ningún foro académico o institucional. Véanse las distintas Recomendaciones y Resoluciones aprobadas en 2019 y 2020 y que analizamos en este estudio: a nivel de la Unión Europea: *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado hacia la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020<sup>4</sup>, que sigue las *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable* del Grupo de Expertos de Alto Nivel, creado por la Comisión Europea

<sup>1</sup> I. ASIMOV, *Círculo vicioso. Los robots*. trad. Domingo Santos. Barcelona, Martínez Roca, 1989.

<sup>2</sup> Así aparece definida en las *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel* creado por la Comisión Europea y publicadas en 2019 (disponible en internet en <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines/#/Top>) Parágrafo 144, en p. 48.

<sup>3</sup> Eran leyes elaboradas por individuos –no por los propios robots- para protegerse de dichas máquinas.

<sup>4</sup> Disponible en internet en [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf) (visitado el 1 de diciembre de 2020)

y publicadas un año antes<sup>5</sup>. El Consejo de Europa, por su parte, ha adoptado la *Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos*, el 8 de abril de 2020<sup>6</sup>. A nivel universal, es posible señalar que la UNESCO sigue a la Unión Europea en su Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la IA<sup>7</sup>. De igual manera, es posible citar los *Principios Éticos de la OCDE en materia de Inteligencia Artificial* adoptados en mayo de 2019<sup>8</sup> que han sido posteriormente incluidos como anexo a la Declaración Ministerial sobre Comercio y Economía Digital, del G20 en su cumbre de Tsukuba, Japón, en junio de ese mismo año.<sup>9</sup> No apreciamos tal alineamiento en los distintos documentos que hemos analizado en el ámbito de Naciones Unidas, como comentamos críticamente más adelante: la estrategia del Secretario General de esta Organización en materia de nuevas tecnologías, recogida en la Resolución de la Asamblea General A/RES/73/17, de 3 de diciembre de 2018<sup>10</sup> ni tampoco en el documento *United Nations Activities on Artificial Intelligence (AI) 2019*, elaborado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones<sup>11</sup> que recoge anualmente los progresos de la alianza *AI for Good* liderada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones<sup>12</sup>.

4. A nivel doctrinal la IA aparece definida como “la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programadas por computación inteligente”<sup>13</sup>. En esto ofrecen una clara conexión con los robots del Profesor ASIMOV: son máquinas capaces de pensar por sí mismas pero no por sí solas, al menos, no en un primer momento, en la medida en que requieren de un aprendizaje de la mano de programadores de sistemas. A medida que progresan en su aprendizaje, éste se va haciendo cada vez más autónomo e independiente gracias a las interacciones que realizan con seres humanos y otras máquinas y a su capacidad de procesar datos a gran escala (Big Data). Es un hecho temido como inevitable, el que no será posible controlar de manera indefinida una tecnología como la IA que tiene el potencial de superarnos en inteligencia a los seres humanos. Es lo que se denomina “la singularidad de las máquinas”<sup>14</sup> y, se crea o no, ese momento está más cerca de la realidad que de la ciencia ficción<sup>15</sup>.

5. Hasta que ese día llegue –si finalmente ocurre– podemos pensar a más corto plazo y enfocar nuestra pregunta inicial “¿qué normas debían regular la IA en el presente?” en la medida en que hoy día la IA ya está presente en numerosos ámbitos de nuestra vida. Así se destaca en publicaciones de divulgación científica como *Revista de Robots*<sup>16</sup>: en la movilidad y el transporte (vehículos privados y de servicio público conducidos de manera autónoma por sistemas de IA); proyectos de ciudades inteligentes con tecnología 5G y miles de sensores y de cámaras recogiendo datos que analizan en tiempo real; chatbots que interactúan con usuarios de servicios públicos (Administración) y privados (bancos y otras empresas);

<sup>5</sup> Disponible en internet en <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#/Top> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>6</sup> Disponible en <https://rm.coe.int/09000016809e1154> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>7</sup> SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV 2, Doc. Final, Paris, 7 de septiembre de 2020, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434/PDF/373434eng.pdf.multi> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>8</sup> Disponibles en <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>9</sup> Disponible en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157920.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157920.pdf) (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>10</sup> Disponible en internet en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/73/17> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>11</sup> Disponible en <https://www.un.org/en/newtechnologies/> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>12</sup> Disponible en <https://www.aiforgood.itu.int> (visitada el 1 de diciembre de 2020).

<sup>13</sup> Definición atribuida al Profesor John MacCarthy quien la utilizó por primera vez en una conferencia impartida en Dartmouth (USA) en 1956. *Vid.*: “¿Qué es la Inteligencia Artificial y para qué sirve la IA?”, Editorial de *Revista de Robots*, septiembre 1, 2020. Disponible en internet: <https://revistaderobots.com/inteligencia-artificial/que-es-la-inteligencia-artificial/> Visitada el 01/12/2020

<sup>14</sup> Elon MUSK, fundador de empresas que utilizan la inteligencia artificial como Tesla, SpaceX y Paypal, afirma incluso que las IA es mucho más peligrosa que las armas nucleares por su capacidad de mejora exponencial, más allá de lo que podamos imaginar. *Confer*: “¿Qué es la Inteligencia Artificial y para qué sirve la IA?”, en *Revista de Robots*, septiembre 1, 2020, *op. cit.*

<sup>15</sup> Como se señala en “¿Qué es la Inteligencia Artificial y para qué sirve la IA?”, en *Revista de Robots*, septiembre 1, 2020, *op. cit.*: “un suceso que no debe pasar desapercibido sucedió en 2017, cuando los ingenieros del Departamento de Desarrollo de IA de Facebook tuvieron que desconectar dos máquinas urgentemente al comprobar que habían perdido el control sobre ellas (...) En pocas horas habían sido capaces de crear un lenguaje nuevo con el que se comunicaban entre sí, además de haber desarrollado un sistema que impedía que pudiesen ser desconectadas.”

<sup>16</sup> Ver *supra* cita en nota a pie núm. 14.

algoritmos y sistemas de IA capaces de realizar diagnósticos médicos y de predicción de sufrir enfermedades con un índice de fiabilidad del 99 por ciento, a partir de herramientas como el Big data, etc.

6. Como veremos en páginas siguientes, si a nivel doctrinal existe una cierta coincidencia a la hora de definir la IA, no ocurre lo mismo en cuanto a su regulación internacional pudiendo apreciarse diversidad en su conceptualización: sistemas de IA<sup>17</sup>, IA<sup>18</sup>, sistemas algorítmicos<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, para la Comisión Europea el término IA se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar el entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (ej. Asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (ej. Robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas).<sup>20</sup> Para el Consejo de Europa por *sistemas algorítmicos* se entienden “las aplicaciones que, a menudo, mediante técnicas de optimización matemática, realizan una o más tareas como recopilar, combinar, limpiar, ordenar, clasificar e inferir datos, así como la selección, priorización, elaboración de recomendaciones y la toma de decisiones. Basándose en uno o más algoritmos para cumplir con sus requisitos en los entornos en los que se aplican, los sistemas algorítmicos automatizan las actividades de una manera que permite la creación de servicios adaptables a escala y en tiempo real.”<sup>21</sup>

7. En el ámbito de Naciones Unidas, la iniciativa de cumbres globales a celebrar con carácter anual bajo el lema *AI for Good*<sup>22</sup> es el buque insignia de la toma en consideración de la IA por parte de Naciones Unidas<sup>23</sup>. Liderada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, mediante esta plataforma en la que participan más de 37 agencias y organismos de la ONU<sup>24</sup>, se promueve un diálogo global e inclusivo sobre AI, en especial, en conexión con los objetivos del desarrollo sostenible previstos en la Agenda 2030. La última de estas reuniones tuvo lugar el 29 de mayo 2019 y de la misma surgió un documento<sup>25</sup> en el que se da detalles sobre la experiencia de las agencias de la ONU con IA para mejorar su respuesta a los desafíos globales sin contener una lectura crítica de la misma, siguiendo así la Resolución

<sup>17</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado hacia la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020 que sigue las *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable* del Grupo de Expertos de Alto Nivel, creado por la Comisión Europea y publicadas un año antes, *op. cit.* La UNESCO sigue a la Unión Europea al referirse a sistemas de inteligencia artificial en su Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la IA, SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV 2, Doc. Final, Paris, 7.09.2020, *op. cit.* En la actualidad, dicho documento está en fase de consulta de los 193 Estados miembros de la Organización con vista a su posible aprobación en la Conferencia General de la UNESCO prevista en noviembre de 2021. *Vid.* <https://es.unesco.org/news/unesco-da-gran-paso-primer-instrumento-normativo-etica-ia> (consultado el 1 de diciembre de 2020).

<sup>18</sup> Principios Éticos de la OCDE en materia de Inteligencia Artificial, *op. cit.*, adoptados en mayo de 2019 y posteriormente incluidos como anexo a la Declaración Ministerial sobre Comercio y Economía Digital, del G20 en su cumbre de Tsukuba, Japón, en junio de ese mismo año. Esta es también la terminología preferida en el ámbito de Naciones Unidas. *Vid. United Nations Activities on Artificial Intelligence (AI) 2019*, documento elaborado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y disponible en internet en [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf) (consultados el 1 de diciembre de 2020).

<sup>19</sup> Es el caso del Consejo de Europa: *Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos*, *op. cit.*

<sup>20</sup> COM (2018) 237, final, p.1.

<sup>21</sup> Parágrafo 2 de las Directrices para abordar los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, incluida como apéndice a la *Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos*, *op. cit.*

<sup>22</sup> Liderada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones <https://www.aiforgood.itu.int>

<sup>23</sup> <https://www.un.org/en/newtechnologies/#>

<sup>24</sup> A saber, CTBTO, FAO, OACI, OIT, OMI, OIM, ONUSIDA, UNCTAD, UNDESA, UNDP (ex UNDP), UNECE, PNUMA, UNESCO, UNFCCC, UNFPA, UNGP, ONU-Hábitat, ACNUR, UNICEF, UNICRI, UNIDIR, ONUDI, UNDRR (antes UNISDR), UNITAR, UNODA, UNODC, UNOOSA, UNOPS, UNRISD, UNU, ONU Mujeres, OMT, PMA, OMS, OMPI, OMM y Grupo del Banco Mundial

<sup>25</sup> *United Nations Activities on Artificial Intelligence (AI) 2019*, documento elaborado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y disponible en internet en [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf) (consultado el 1 de diciembre de 2020)

de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el impacto del cambio tecnológico rápido en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas<sup>26</sup> y la estrategia del Secretario General de las Naciones Unidas en materia de nuevas tecnologías, de septiembre de 2018<sup>27</sup>.

**8.** Así, pese a que en dicha estrategia el Secretario General de Naciones Unidas recuerda la necesidad de colaborar estrechamente para superar los desafíos y conciliar los intereses, especialmente en las esferas de la privacidad y los derechos humanos, la ética, la igualdad y la equidad, la soberanía y la responsabilidad, la transparencia y la rendición de cuentas, sin embargo, los cinco principios sobre los que articula la relación entre la principal organización internacional del mundo y la IA no parecen ser tan audaces como los enunciados en otros ámbitos institucionalizados: la protección y promoción de los valores globales establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos; el fomento de la inclusión y la transparencia entre gobiernos, empresas y sociedad civil para que se tomen decisiones colectivas con respecto a las nuevas tecnologías; el trabajo en colaboración estableciendo alianzas como el proyecto *breakthrough* dentro del Pacto Mundial con el sector empresarial<sup>28</sup>; el aprovechamiento de las capacidades y los mandatos existentes; finalmente, la humildad y el aprendizaje permanente.

**9.** Puede sorprender esta actitud confiada sobre los parabienes de la IA viniendo desde la Secretaría General de Naciones Unidas cuando desde el Fondo Monetario Internacional se avanza en un informe técnico cómo la inteligencia artificial podría ampliar la brecha entre naciones ricas y pobre<sup>29</sup> y en esa misma línea, el anterior relator para la pobreza de la Naciones Unidas, Profesor Philip ALSTON, presentó en 2019 su informe sobre extrema pobreza y derechos humanos<sup>30</sup> ante la Asamblea General antes de ser sustituido en 2020 por el profesor Olivier DE SCHUTTER, alertando sobre el uso de la tecnología y la IA para vigilar y castigar a las personas más pobres. En su opinión, las grandes empresas tecnológicas están desregularizándose, sin someterse a las leyes en lo que denomina zonas francas de derechos humanos. Incluso, el Profesor ALSTON se permite dejar un mensaje a su sucesor cuando señala en el párrafo 73 de su último informe como relator para la extrema pobreza y los derechos humanos: “Se objetará razonablemente que este informe es desequilibrado, o unilateral, porque se centra en los riesgos más que en las muchas ventajas que potencialmente se derivan del estado de bienestar digital. La justificación es sencilla. Hay un gran número de animadoras (cheerleaders) que ensalzan los beneficios, pero muy pocas aconsejan una reflexión sobria sobre las desventajas.”

**10.** Para la UNESCO, que también utiliza el término sistemas de IA, se entiende por tales aquellos sistemas tecnológicos capaces de procesar información de manera que se asemeje a un comportamiento inteligente<sup>31</sup>; y la OCDE omite incluir cualquier definición de IA, siguiendo una aproximación pragmática a la cuestión.

<sup>26</sup> Resolución A/RES/73/17 de 3 de diciembre de 2018. Disponible en internet en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/73/17> (consultado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>27</sup> Disponible en <https://www.un.org/en/newtechnologies/>

<sup>28</sup> [https://breakthrough.unglobalcompact.org/site/assets/files/1454/hhw-16-0017-d\\_c\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://breakthrough.unglobalcompact.org/site/assets/files/1454/hhw-16-0017-d_c_artificial_intelligence.pdf) (consultado el 1 de diciembre de 2020).

<sup>29</sup> IMF Working Paper: “Will the AI Revolution Cause a Great Divergence?” CH. ALONSO, A. BERG, S. KOTHARI, C. PAPAGEORGIOU y S. REHMAN, WP/20/184, Disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2020/09/11/Will-the-AI-Revolution-Cause-a-Great-Divergence-49734> (consultado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>30</sup> Report of the Special rapporteur on extreme poverty and human rights, Doc. A/74/48037, de 11 de Octubre de 2019. Disponible en internet en [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewje-sDS\\_sPtAhWEiVwKHaZiDNIQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FIssues%2FPoverty%2FA\\_74\\_48037\\_AdvanceUneditedVersion.docx&usq=AOvVaw1jRH0rb0geojazfZCC8f3V](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewje-sDS_sPtAhWEiVwKHaZiDNIQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FIssues%2FPoverty%2FA_74_48037_AdvanceUneditedVersion.docx&usq=AOvVaw1jRH0rb0geojazfZCC8f3V) (consultado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>31</sup> La definición que se da en el párrafo 2.a) de su Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la IA, SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV 2, Doc. Final es la siguiente: “los sistemas de IA son tecnologías de procesamiento de la información que incorporan modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos reales y virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con una cierta autonomía, mediante la modelización y representación del conocimiento y la explotación de datos y el cálculo de correlaciones.”

**11.** Lo que sí parece ser elemento común a los distintos foros internacionales institucionalizados es la necesidad de que la IA esté controlada por el Derecho con un enfoque centrado en la persona<sup>32</sup>. En el ámbito europeo, por ejemplo, una IA con un enfoque centrado en la persona se esfuerza por asegurar que los valores humanos ocupen un lugar central en el desarrollo, despliegue, utilización y supervisión de los sistemas de IA, garantizando el respeto de los derechos fundamentales, incluidos los recogidos en los Tratados de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; todos ellos constituyen una referencia unitaria a un fundamento común arraigado en el respeto de la dignidad humana, en el que el ser humano disfruta de una condición moral única e inalienable. Esto requiere asimismo tener en cuenta el entorno natural y el resto de seres vivos que forman parte del ecosistema humano, así como un enfoque sostenible que permita la prosperidad de las generaciones futuras.<sup>33</sup>

**12.** Así se recoge, por ejemplo, en el *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la IA*: “El futuro marco normativo para la IA en Europa... Debe velar por el cumplimiento de las normas de la UE, especialmente la normas de protección de los derechos fundamentales y los derechos de los consumidores, y en concreto, con relación a los sistemas de IA que operan en la UE y presentan un riesgo elevado.”<sup>34</sup> Idea que es reiterada después, para el ámbito de la Acción Exterior de esta organización: “La Comisión está convencida de que la cooperación internacional sobre cuestiones relativas a la IA debe basarse en un enfoque que promueva el respeto de los derechos fundamentales, especialmente la dignidad humana, el pluralismo, la inclusión, la ausencia de discriminación y la protección de la privacidad y de los datos personales y se esforzará por exportar esos valores al resto del mundo.”<sup>35</sup>

**13.** En otros foros, esta visión antropocéntrica de la regulación de la IA está igualmente presente. Así, para la UNESCO, la dignidad humana ha de ser central en cualquier instrumento normativo internacional de la IA: “(la UNESCO) ... Convencida de que el instrumento normativo que aquí se presenta, basado en el Derecho Internacional y en un enfoque normativo mundial y centrado en la dignidad humana y de los derechos humanos, así como en la igualdad de género, la justicia social y económica, el bienestar físico y mental, la diversidad, la interconexión, la inclusión y la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, puede dar una orientación responsable a las tecnologías de la IA.”<sup>36</sup> Más explícitamente, se señala en la parte dispositiva de dicha recomendación que: “(Los Estados deben) asegurarse de que los derechos humanos y el Estado de Derecho son respetados en el mundo digital al igual que en el mundo físico.”<sup>37</sup> Incluso, en el ámbito de la OCDE se asume esta visión antropocéntrica cuando se señala que: “Los actores de la IA deben respetar el estado de derecho, los derechos humanos y los valores democráticos durante todo el ciclo de vida del sistema de IA. Estos incluyen libertad, dignidad y autonomía, privacidad y protección de datos, no discriminación e igualdad, diversidad, equidad, justicia social y los derechos laborales reconocidos internacionalmente.”<sup>38</sup>

**14.** El lenguaje utilizado en la Recomendación de la UNESCO –un foro institucionalizado de ámbito más amplio que el europeo e incluso, de la OCDE- explica el diferente alcance de las obligaciones asumidas por los Estados con relación a dicha recomendación: “Los Estados y todas las demás

<sup>32</sup> Un principio recogido en la Recomendación de la UNESCO y no reflejado en otras Recomendaciones del Consejo de Europa, de la UE o de la OCDE, es el de la soberanía de los datos (párrafo 46 de la Recomendación), en virtud del cual, los Estados, en cumplimiento del Derecho Internacional, regulan los datos generados dentro de su territorio o que pasen por ellos y adoptan medidas para la regulación efectiva de los datos sobre la base del respeto del derecho a la privacidad y otros derechos humanos.

<sup>33</sup> *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel*, *op. cit.*, Parágrafo 153 en p. 49.

<sup>34</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europea orientado hacia la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, *op. cit.*, p. 3.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>36</sup> Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la IA, SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV 2, Doc. Final, *op. cit.*, párrafo 4 del Preámbulo.

<sup>37</sup> Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la IA, *op. cit.*, par. 53.

<sup>38</sup> Principio 1.2. a) Valores y equidad centrados en el ser humano de los Principios Éticos de la OCDE en materia de Inteligencia Artificial, *op. cit.*, adoptados en mayo de 2019 y posteriormente incluidos como anexo a la Declaración Ministerial sobre Comercio y Economía Digital, del G20 en su cumbre de Tsukuba, Japón, en junio de ese mismo año.

partes interesadas que se indican en la presente Recomendación *deben respetar, promover y proteger* los principios y normas éticas relativos a la IA que se establecen en la Recomendación y *deberían adoptar todas las medidas posibles* para dar efecto a sus recomendaciones de actuación.” (La cursiva es añadida)

## 1. La experiencia aprendida del pasado frente a similares retos.

15. Una mirada atrás en la Historia muestra que frente a los nuevos descubrimientos científicos sólo caben cuatro aproximaciones posibles: el incentivo de la actividad mediante la financiación gubernamental y la protección de patentes; la abstención reguladora, consecuente con el clima de *laissez faire* imperante en las sociedades europeas y occidentales de la revolución industrial del siglo XIX; la opción de la regulación legal, controlando y desincentivando una actividad o parte de la misma, como sucedió a raíz de la Gran Depresión de 1929 que siguió a la expansión económica sin precedentes del siglo XIX; finalmente, la cuarta opción posible sería la que más frecuentemente se habría repetido en el pasado: la prohibición de la idea o descubrimiento en cuestión<sup>39</sup>. De las cuatro, la prohibición y la abstención reguladora no parecen ser opciones particularmente aconsejables por los riesgos de la aparición de zonas francas tecnológicas en las que la investigación se lleva a cabo sin límites normativos y pueda extrapolar riesgos o eventuales daños para terceros en nuestro presente globalizado sin restricciones a los flujos de mercancías y servicios. La respuesta legal de incentivos mediante apoyo gubernamental y la protección de patentes no es descartable pero parece claramente insuficiente si no va acompañada de la que nos parece la aproximación legal más conveniente para la IA: su regulación normativa<sup>40</sup>. Así pues, llegados a este punto, ¿qué normas deben regular la IA desde un enfoque antropocéntrico? sigue siendo la pregunta relevante. De nuevo un ejercicio de reflexión es necesario.

16. La regulación normativa de la IA no es tarea exenta de dificultades, como no lo ha sido –y sigue siendo– la regulación de cuestiones técnicas como la nanotecnología o de temas con implicaciones morales como la investigación embrionaria humana o la gestación por sustitución<sup>41</sup>. De entrada, la Ciencia siempre avanza más deprisa que el Derecho y por ello, éste sólo puede dar respuestas tardías, imperfectas y a menudo provisionales a los numerosos desafíos que día a día plantea el incesante avance en los descubrimientos científicos<sup>42</sup>. De otro lado, resulta necesario aplicar la *programación neurolingüística* (PNL) al ámbito del Derecho y asumir que la aproximación como juristas a la IA debe hacerse trascendiendo la partición de esta Ciencia en distintas parcelas del conocimiento (Derecho civil, constitucional, administrativo, penal, etc.) para asumir una nueva perspectiva jurídica caracterizada por cuatro notas: la *transversalidad* –tomando como referencia en este ámbito las normas nacionales, internacionales y supranacionales–, la *multidisciplinariedad* –reconociendo que son varias las áreas jurídicas tanto de derecho público como privado concernidas– y aceptando el *carácter integrador* y no reduccionista de dicha aproximación, esto es, no descartando *a priori* las consideraciones éticas y morales pero tampoco condicionando nuestro análisis por las mismas. A estas notas habría que añadir aún una cuarta característica: la *flexibilidad*; esto es, asumiendo la *superación de la distinción entre Derecho duro vinculante y Derecho blando no vinculante* (hard y soft law) como la mejor opción para una eventual regulación internacional de IA.

<sup>39</sup> S. MARTYN, “Human Cloning: The Role of Law”, University of Toledo Law Review, vol. 32, 2001, p. 375.

<sup>40</sup> Así se viene defendiendo por los autores considerando otros desarrollos científicos y tecnológicos de fuerte impacto ético y jurídico como son la investigación embrionaria humana y la gestación por sustitución. Vid. D. GARCÍA SAN JOSÉ, *European Normative Framework for Biomedical research in Human Embryos*, Cizur menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013. Del mismo autor “Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XVII, 2017, pp. 329-368.

<sup>41</sup> Para formarse una idea de tales dificultades a nivel universal basta considerarlas a nivel europeo, como han sido puestas de manifiesto en relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en D. GARCÍA SAN JOSÉ, *La Europa de los derechos ante los avances científicos y tecnológicos*. Valencia, Tirant lo blanch, 2018.

<sup>42</sup> D. GARCÍA SAN JOSÉ, “De la Bioética al Bioderecho: retos para el jurista español”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 1, 2012, p. 8.

## 2. La especificidad de la IA que introduce cambios no contemplados en el pasado.

17. A las dificultades para una regulación internacional de la IA que se acaban de apuntar, hay que añadir la especificidad de la IA caracterizada por rasgos que dificultan su aprehensión por el Derecho: su indeterminación conceptual –de la que es ejemplo la diversidad de términos utilizados en los diferentes instrumentos no vinculantes apuntados al comienzo de este estudio–, su opacidad –motivada por la multiplicidad de actores que intervienen en el proceso de vida de la IA<sup>43</sup> y las consideraciones económicas en presencia- y su imprevisibilidad en cuanto a los riesgos y desafíos que plantea su utilización.

### A) La indeterminación conceptual de la IA

18. Algunos autores, como RUSELL y NORVIG, sugieren que dentro de la IA es posible distinguir cuatro subcategorías (las diseñadas para pensar como los seres humanos, para pensar de modo racional, para actuar como seres humanos y para actuar racionalmente)<sup>44</sup>. Otros autores, como TZIMAS sugieren una clasificación diferente entre una IA débil y otra fuerte (weak and strong AI), de modo que la IA fuerte se definiría sobre la base de su autonomía intelectual y de su capacidad para aprender por sí misma de manera autónoma a la presencia de seres humanos<sup>45</sup>.

19. Asumiendo la pertinencia de distinguir entre una IA débil de otra fuerte; la primera sería “buena” y un claro ejemplo de la misma es el descubrimiento gracias al sistema de IA de Google *Deepmind* del enigma del plegado de proteínas mediante el análisis de las cadenas de aminoácidos que integran los trescientos millones de genes que conforman el genoma humano.<sup>46</sup> Incluso, tratándose de una IA beneficiosa, se asume que puede causar riesgos de ahí que se postule una IA fiable<sup>47</sup>. De hecho, la preocupación por los derechos humanos es manifiesta en el ámbito del Consejo de Europa. Una novedad de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a diferencia de las otras recomendaciones analizadas en el contexto de la UE, la UNESCO y la OCDE es que concreta las obligaciones de los Estados con respecto a la protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de los sistemas algorítmicos como principios de aplicación general: en cuanto a la legislación<sup>48</sup>, a la

<sup>43</sup> El ciclo de vida de un sistema de IA abarca las fases de desarrollo (incluidas las tareas de investigación, diseño, provisión de datos y realización de ensayos limitados), despliegue (incluida la aplicación) y utilización de dicho sistema. *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel*, op. cit., parágrafo 147, en p. 48.

<sup>44</sup> S. RUSSELL, Y P. NORVIG, *Artificial Intelligence a Modern Approach*, New Jersey, Ed. A. Simon & Schuster, 1995, pp. 4-5.

<sup>45</sup> T. TZIMAS, “Artificial Intelligence as Global Commons and The International Law Supremacy Principle”, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, vol. 211, 2018, p. 83.

<sup>46</sup> <https://elpais.com/ciencia/2020-12-02/la-inteligencia-artificial-arrasa-en-uno-de-los-problemas-mas-importantes-de-la-biologia.html> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>47</sup> Ese es el eje del *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europea orientado hacia la excelencia y la confianza* siguiendo las *Directrices del Grupo de Expertos de Alto Nivel*: 1) debe ser lícita, es decir, cumplir todas las leyes y reglamentos aplicables; 2) ha de ser ética, demostrando el respeto y garantizando el cumplimiento de los principios y valores éticos, y 3) debe ser robusta. La solidez de un sistema de IA abarca tanto su solidez técnica (que resulta adecuada en un contexto determinado, como el ámbito de aplicación o la fase del ciclo de vida) así como desde el punto de vista social (garantizando que el sistema de IA tenga debidamente en cuenta el contexto y el entorno en el que opera). Esto es crucial para asegurar que, incluso si las intenciones son buenas, el sistema no provoque daños involuntarios. *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel*, op. cit., párrafos 139, 156 y 160 en pp. 46 y 50.

<sup>48</sup> Principio 1.1. de la Obligaciones de los Estados, en el apéndice a la Recomendación CM /Rec (2020) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, op. cit., “El proceso de redacción, promulgación y evaluación de políticas y legislación o regulación aplicable al diseño, desarrollo y despliegue continuo de sistemas algorítmicos debe ser transparente, responsable e inclusivo. Los Estados deberían consultar periódicamente con todas las partes interesadas pertinentes y las partes afectadas, incluso a nivel sectorial cuando sea apropiado. Los Estados deben garantizar la aplicabilidad y el cumplimiento de las leyes, incluso exigiendo que los actores relevantes produzcan la documentación adecuada para verificar el cumplimiento legal. Cuando los actores del sector público y privado no cumplan con sus obligaciones legales, deben ser considerados responsables.”

revisión continua<sup>49</sup>, a la participación democrática y concienciación<sup>50</sup> y en lo que a los marcos institucionales se refiere<sup>51</sup>.

## B) La opacidad de la IA

20. Siguiendo con el ejemplo señalado en el apartado anterior, la importancia de este descubrimiento radica en que gracias a un sistema de algoritmos que aprende por sí mismo —y cuyo software Google se ha negado a revelar a la comunidad científica— será posible fabricar medicamentos a la carta que neutralicen aquellas proteínas que son dañinas por estar “mal plegadas o construidas”, y que son la causa de enfermedades tan temidas como el parkinson, el alzheimer o recientemente, los efectos asociados a la covid 19. No debe sorprender, por consiguiente, la actitud de Google reacia a poner a disposición de la comunidad científica las claves de su descubrimiento para aprovechamiento general y gratuito. La IA es un gran negocio en todo el mundo. Estudios recientes señalan que a la cabeza en inversión en este ámbito está Estados Unidos con cerca del 3.3% de su PIB, seguido de China, con un 2.1% y de Europa con un 1,7%<sup>52</sup>. No debe extrañar, tampoco, que la Comisión Europea estableciera en abril de 2018 una estrategia europea para la IA<sup>53</sup> con la intención de recuperar el terreno perdido, y que en su Libro Blanco sobre la IA haya querido movilizar al sector privado a la par que la acción concertada de los gobiernos europeos, recordando que en el ciclo de vida de un sistema de IA existen numerosas partes involucradas: el desarrollador, el implementador (la persona que utiliza un producto o servicio provisto de IA) y otras partes potenciales (productor, distribuidor o importador, proveedor de servicios, usuario profesional o particular)<sup>54</sup>. Además, en cuanto a la cuestión del alcance geográfico de la intervención legislativa, para la Comisión Europea resulta esencial que todos los agentes que ofrezcan productos o servicios provistos de IA en la Unión Europea, independientemente de que se hayan o no establecidos en la Unión, estén sujetos a requisitos comunes. De lo contrario, los objetivos de la regulación normativa no podrán alcanzarse plenamente.<sup>55</sup> Frente a la opacidad se ha defendido en la recomendación del Comité de Ministros del Consejo Europeo la exigencia de niveles de transparencia<sup>56</sup> y la necesaria identificación

<sup>49</sup> Principio 1.2. de la Obligaciones de los Estados, en el apéndice a la Recomendación CM /Rec (2020) 1, *op. cit.*, “A lo largo de todo el ciclo de vida de un sistema algorítmico, desde la etapa de propuesta hasta la evaluación de los efectos, los impactos sobre los derechos humanos de los sistemas individuales y su interacción con otras tecnologías deben evaluarse periódicamente. Esto es necesario debido a la velocidad y escala a la que funcionan estos sistemas y el entorno tecnológico en rápida evolución en el que operan. Esto debe hacerse sobre la base de consultas amplias y efectivas con los afectados o que puedan verse afectados.”

<sup>50</sup> Principio 1.1. de la Obligaciones de los Estados, en el apéndice a la Recomendación CM /Rec (2020) 1, *op. cit.*, “A fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades democráticas, los Estados deben fomentar la conciencia pública en general sobre la capacidad, el poder y los impactos consiguientes de los sistemas algorítmicos, incluido su uso potencial para manipular, explotar, engañar o distribuir recursos, con miras a Permitir que todas las personas y grupos conozcan sus derechos y sepan cómo ponerlos en práctica y cómo utilizar las tecnologías digitales para su propio beneficio. Además, todos los actores relevantes, incluidos los de los sectores público, privado y de la sociedad civil en los que se contemplan o se utilizan sistemas algorítmicos, deben promover, alentar y apoyar de manera personalizada e inclusiva un nivel de medios (teniendo en cuenta la diversidad con respecto a, por ejemplo, edad, género, raza, etnia, antecedentes culturales o socioeconómicos).

<sup>51</sup> Principio 1.4. de la Obligaciones de los Estados, en el apéndice a la Recomendación CM /Rec (2020) 1, *op. cit.*, “Los Estados deben identificar y/o desarrollar marcos y estándares institucionales y regulatorios apropiados que establezcan puntos de referencia y salvaguardas generales o sectoriales para asegurar la compatibilidad del diseño, desarrollo y despliegue continuo de sistemas algorítmicos con los derechos humanos.”

<sup>52</sup> “¿Qué es la Inteligencia Artificial y para qué sirve la IA?”, Editorial, en *Revista de Robots*, septiembre 1, 2020, *op. cit.*

<sup>53</sup> COM (2018) 237.

<sup>54</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado hacia la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020, *op. cit.*, p. 27.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> “Los Estados deben establecer niveles apropiados de transparencia con respecto a la contratación pública, el uso, el diseño y los criterios y métodos básicos de procesamiento de los sistemas algorítmicos implementados por y para ellos, o por actores del sector privado. Los marcos legislativos para la propiedad intelectual o los secretos comerciales no deben impedir tal transparencia, ni los Estados o las partes privadas deben tratar de explotarlos para este propósito. Los niveles de transparencia deben ser lo más altos posible y proporcionales a la gravedad de los impactos adversos sobre los derechos humanos,

de la toma de decisiones algorítmicas<sup>57</sup>. En otros foros institucionalizados, UNESCO, OCDE, se han postulado medidas similares.

### C) La imprevisibilidad en cuanto a los riesgos y desafíos que plantea su utilización

21. Precisamente, un sistema de IA dotado de la capacidad de aprendizaje autónomo y la consiguiente toma de decisiones y su ejecución sin intervención humana es lo que, en opinión de TZIMAS, dotaría de imprevisibilidad en cuanto a los riesgos y desafíos que plantea su utilización<sup>58</sup>. Un sistema de IA que es consciente de que posee conciencia propia que puede fortalecerse sobre la base de la reflexión crítica, dispone de un elevado nivel de autonomía. De ahí la necesidad de aceptar la imprevisibilidad de los riesgos que pueden derivarse de su funcionamiento<sup>59</sup> y, de modo especial, allí donde ya no llega la presencia humana<sup>60</sup>. En todo caso, se ha insistido a modo paliativo en reafirmar la rendición de cuentas<sup>61</sup> y ofrecer a los individuos que puedan ser afectados negativamente por tales decisiones de recursos efectivos a través de los cuáles puedan hacer valer sus derechos<sup>62</sup>.

---

incluidas etiquetas o sellos éticos para sistemas algorítmicos que permitan a los usuarios navegar entre sistemas. El uso de sistemas algorítmicos en los procesos de toma de decisiones que conllevan altos riesgos para los derechos humanos debe estar sujeto a estándares particularmente altos en lo que respecta a la explicación de los procesos y resultados.” Punto 4.1. de las directrices para abordar los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, anexo a la Recomendación CM/ Rec (2020) 1, *op. cit.*

<sup>57</sup> “Los Estados deben garantizar que todos los procesos de selección o decisiones tomadas o asistidas por sistemas algorítmicos que puedan tener un impacto significativo en el ejercicio de los derechos humanos, ya sea en el ámbito público o privado, sean identificables y trazables como tales en la interacción inicial, de forma clara y accesible”. Punto 4.2. de las directrices para abordar los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, anexo a la Recomendación CM/ Rec (2020) 1, *op. cit.*

<sup>58</sup> T. TZIMAS, “Artificial Intelligence as Global Commons and The International Law Supremacy Principle”, *op. cit.*, p. 84.

<sup>59</sup> *Imprevisibilidad*. Parágrafo 5 de los *Principios Éticos de la OCDE en materia de Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, incluidos como anexo a la Declaración Ministerial sobre Comercio y Economía Digital, del G20 en su cumbre de Tsukuba, Japón, en junio de ese mismo año: “(...) es importante tener en cuenta que la mayoría de los sistemas algorítmicos se basan en modelos estadísticos en los que los errores forman una parte inevitable, a veces con ciclos de retroalimentación que mantienen, replican y refuerzan los datos previos. -sesgos, errores y suposiciones existentes. Aunque pueda parecer que los conjuntos de datos más grandes brindan mejores posibilidades de encontrar patrones y correlaciones recurrentes, las tasas de precisión no aumentan automáticamente con el tamaño del conjunto de datos. Como resultado del gran número de personas afectadas por los sistemas algorítmicos, el número de errores en forma de falsos positivos y falsos negativos, y de personas que se ven afectadas por estos errores y sesgos incorporados, también se expandirá, lo que provocará interferencias adicionales con el ejercicio de los derechos humanos de múltiples formas.”

<sup>60</sup> T. TZIMAS, “Artificial Intelligence as Global Commons and The International Law Supremacy Principle”, *op. cit.*, p. 85.

<sup>61</sup> Principio 4.3 de las obligaciones de los Estados con respecto a la protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de los sistemas algorítmicos, dentro del apéndice a la Recomendación CM/ Rec (2020) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos: “Los individuos y grupos afectados deben disponer de medios eficaces para impugnar las determinaciones y decisiones pertinentes. Como condición previa necesaria, la existencia, el proceso, la justificación, el razonamiento y el posible resultado de los sistemas algorítmicos a nivel individual y colectivo deben explicarse y aclararse de manera oportuna, imparcial, fácilmente legible y accesible a las personas cuyos derechos o intereses legítimos puedan ser afectados, así como a las autoridades públicas pertinentes. La impugnación debe incluir la oportunidad de ser escuchado, una revisión completa de la decisión y la posibilidad de obtener una decisión no automatizada. Este derecho no puede ser renunciado y debe ser asequible y fácil de hacer cumplir antes, durante y después del despliegue, incluso mediante la provisión de puntos de contacto y líneas directas de fácil acceso.”

<sup>62</sup> Principio 4.4 de las obligaciones de los Estados con respecto a la protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de los sistemas algorítmicos, dentro del apéndice a la Recomendación CM/ Rec (2020) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: “Los Estados deben garantizar procedimientos judiciales y extrajudiciales iguales, accesibles, asequibles, independientes y efectivos que garanticen una revisión imparcial, de conformidad con los artículos 6, 13 y 14 de la Convención, de todas las denuncias de violaciones de los derechos de la Convención mediante el uso de sistemas algorítmicos, provenientes de actores del sector público o privado. A través de sus marcos legislativos, los Estados deben garantizar que las personas y los grupos tengan acceso a recursos efectivos, rápidos, transparentes, funcionales y efectivos con respecto a sus quejas. La reparación judicial debe permanecer disponible y accesible cuando los mecanismos internos y alternativos de solución de controversias resulten insuficientes o cuando alguna de las partes afectadas opte por la revisión judicial o la apelación.”

## II. Opciones sobre la mesa: la vía convencional uniformadora del hard law (tratado), la vía armonizadora del soft law (códigos de conducta) y/o la vía intermedia (interpretación jurisprudencial teleológica de los tratados en vigor)

22. El Derecho Internacional ha afrontado riesgos clásicos como emergencias y catástrofes (naturales y derivadas de la acción humana, ya sean éstas accidentales o no)<sup>63</sup> y parece estar listo para encarar nuevos riesgos como la IA a través de diversos instrumentos con los que cuenta: o bien se recurre a la aproximación clásica ante cuestiones de interés general de establecer conferencias multilaterales de las que surjan convenciones de alcance universal, con mayor o menor éxito, en razón no tanto de los Estados firmantes sino de los ausentes en las mismas en virtud del principio de libre consentimiento de los Estados a la hora de asumir compromisos internacionales (sólo basta pensar en las notables ausencias en el Protocolo de Kyoto); o bien se acude, como segunda vía, a la fuerza imperativa del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, para lo cual, debe calificar una situación o emergencia como una amenaza para la paz y seguridad internacionales<sup>64</sup>; o finalmente –y es por esta última solución por la que nos decantamos<sup>65</sup>– por la propia naturaleza del Derecho internacional público es posible invocar una nueva base legitimadora de obligaciones internacionales, complementaria al consentimiento estatal de sumisión a dichas normas<sup>66</sup> a partir de los principios generales de dicho ordenamiento (“prima principia”, esto es, principios inferidos o de carácter estructural del mismo).

### 1. Una solución de hard law: ¿un tratado específico sobre IA? Luces y sombras

23. Al igual que se aprecia en relación con otras cuestiones suscitadas por los avances y prácticas científicas en el campo de la biomedicina y sus implicaciones para el ser humano<sup>67</sup>, la gestación por subrogación se caracteriza por una regulación internacional inexistente y las aproximaciones nacionales que se evidencian desde una perspectiva de Derecho comparado –particularmente evidente a nivel europeo– pueden ser calificadas de “normatividad de geometría variable”. Geometría, en primer lugar, por cuanto las posibles aproximaciones normativas a esta cuestión son, respectivamente, la permisón, la restricción, la prohibición y la no regulación<sup>68</sup>. Variable, además, por cuanto las combinaciones de las aproximaciones normativas a nivel nacional se multiplican en función de que se distinga en nuestra comparativa la posición de los Estados en relación con la gestación por subrogación o respecto de las consecuencias jurídicas para las partes implicadas en este tipo de prácticas<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> M. I. TORRES CAZORLA, “Las emergencias y catástrofes como riesgo para la seguridad: una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional Público a la luz de la Estrategia de Seguridad Nacional de mayo de 2013”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 92, 2014, p. 82. *Vid.* En relación con esta cuestión el interesante estudio de J. M. SÁNCHEZ PATRÓN, “Las actividades peligrosas para el medio ambiente y la salud humana en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Bioderecho Internacional y Europeo. Desafíos actuales*, J.M. SÁNCHEZ PATRÓN (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 131-148.

<sup>64</sup> No es frecuente pero tampoco imposible. Nótese que en la Resolución 2177 (2014), adoptada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el 18 de septiembre de 2015, se calificaba un brote del virus ébola como una amenaza para la paz y seguridad internacionales.

<sup>65</sup> Descartando por el momento la vía del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas prevista para supuestos en los que por ahora y afortunadamente no ha entrado la IA, procederemos a examinar la pertinencia de las otras posibles soluciones.

<sup>66</sup> A. TRUYOL Y SERRA, “Théorie du droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1981-IV, tomo 183, pp. 142-143. J. A., CARRILLO SALCEDO, “Influencia de los derechos humanos en la consolidación de los principios generales del Derecho Internacional”, en *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p. 82. D. GARCÍA SAN JOSÉ, *El Derecho Internacional Postcontemporáneo*, op. cit., pp. 226 y ss.

<sup>67</sup> Es el caso, por ejemplo, de la investigación con células embrionarias de origen humano. D. GARCÍA SAN JOSÉ, “Investigación embrionaria humana y patentes biológicas: la necesidad de contar con un corpus iuris gentium europaeum”. *Marco Jurídico Europeo relativo a la transferencia y reprogramación celular*, AA.VV., Cizur menor, Thomson Aranzadi, 2012, pp. 285 - 301.

<sup>68</sup> Confer a nivel internacional *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*. Preliminary Document No. 3ª, Febrero 2015, preparado en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya (disponible en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)). El último informe, de octubre de 2020 puede consultarse en <https://assets.hcch.net/docs/a6aa2fd2-5aef-44fa-8088-514e93ae251d.pdf>

<sup>69</sup> Así, por ejemplo, un Estado puede no permitir la gestación por subrogación en su territorio al tiempo que permite

**24.** La Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional Privado desde 2012 lleva ocupándose del tema, interesándose en especial por los problemas relativos a la filiación de los hijos tenidos mediante esta práctica. En uno de sus primeros informes publicado en 2016, concluía que la dificultad de la cuestión y la variedad de perspectivas por parte de los Estados hacen inviable cualquier avance en esta materia y, a medio plazo, no parece previsible cambio alguno en este *impasse*<sup>70</sup>. Incluso si se lograra concluir un tratado internacional en una materia como la IA, se corre el riesgo de que su eficacia se viera altamente condicionada bien por su escaso número de ratificaciones, bien por el carácter inconcreto del alcance de sus obligaciones debido al abuso de las reservas y declaraciones interpretativas en caso de que se permitiera.

**25.** El Convenio del Consejo de Europa nº 211 relativo a la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (Convenio MEDICRIME), en vigor desde el 1 de enero de 2016<sup>71</sup> es un buen ejemplo de esta posibilidad. El Convenio MEDICRIME es un “non self-executing treaty on criminal-law”; esto es, un tratado internacional de carácter no auto ejecutorio que, por su contenido material, requiere de los Estados que sean partes en el mismo, la adopción de medidas en su Derecho interno tendentes a considerar como delitos penales la falsificación de medicamentos y de productos similares, sin perjuicio de incluir otras disposiciones de carácter procesal, por ejemplo, en relación con las víctimas de estas conductas criminales. En este sentido, es un ejemplo clásico de instrumento convencional regido con carácter supletorio a lo convenido expresamente por los Estados parte en el mismo por lo dispuesto en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de tratados<sup>72</sup>.

**26.** Adoptado en el seno de una Organización Internacional regional, el Consejo de Europa, está abierto a todos los Estados de la comunidad internacional, por lo tanto, puede considerarse como un tratado multilateral sobre una cuestión de interés general para todos los Estados. Cuenta con un mecanismo de control del cumplimiento de obligaciones asumidas por los Estados parte muy blando<sup>73</sup>: un órgano intergubernamental, el *Comité de las Partes* que está previsto en el artículo 23 y siguientes –por su composición, en principio más politizado que un órgano integrado de carácter judicial o cuasi judicial– es el encargado de velar por la correcta ejecución de los compromisos asumidos por los Estados parte en este Convenio, no concretándose cómo desarrollará esta función de control, por ejemplo, exigiendo memorias o informes anuales a los Estados parte en el mismo.

**27.** Al adoptar un mecanismo de supervisión blando, el Convenio MEDICRIME sigue la línea tradicional de los tratados multilaterales de carácter universal en los que la aspiración de vincular en los mismos al mayor número posible de países conlleva el precio de rebajar el contenido de los compromisos asumidos y el control de su cumplimiento<sup>74</sup>. El carácter blando de este mecanismo se reafirma en el artículo 31 que prevé un mecanismo no vinculante de solución de controversias entre los Estados parte en el Convenio MEDICRIME en relación con su aplicación<sup>75</sup>, por ejemplo, para el supuesto de que uno de los Estados pretenda su terminación o la suspensión de su aplicación como consecuencia del incum-

---

regularizar a sus nacionales las relaciones parentales-filiales derivadas de una gestación por subrogación realizada en el extranjero.

<sup>70</sup> Confer The Hague Conference on Private International Law, Report of the February 2016 Meeting Experts' Group on Parentage / Surrogacy, <https://assets.hcch.net/docs/t92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf> Visitado el 1 de junio de 2018. En la actualidad se han presentado anualmente informes respecto de esta cuestión siendo el más reciente el de octubre de 2020.

<sup>71</sup> Convenio MEDICRIME, CETS No. 211. BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 2015.

<sup>72</sup> BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

<sup>73</sup> Capítulo VIII, artículos 23 a 25 del Convenio MEDICRIME.

<sup>74</sup> El Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015 sobre el Cambio climático es un ejemplo de esta práctica internacional. Vid. Instrumento de ratificación por el Reino de España de este instrumento publicado en BOE núm. 28 de 2 de febrero de 2017.

<sup>75</sup> Artículo 31 del Convenio MEDICRIME. *Solución amistosa*. El Comité de las Partes, en estrecha colaboración con el Comité Europeo para Problemas Penales (CEPC) y los demás comités intergubernamentales o científicos competentes del Consejo de Europa, supervisará la aplicación del presente Convenio y facilitará en su caso la solución amistosa de toda dificultad que pudiera surgir en su aplicación.

plimiento de las obligaciones asumidas por otro Estado parte<sup>76</sup>. Pese a ello, el Convenio MEDICRIME es un fracaso pues si problemas globales requieren soluciones globales<sup>77</sup>, un tratado que a fecha de 1 de diciembre de 2020 compromete sólo a dieciocho Estados<sup>78</sup> de los cerca de doscientos Estados que integran la comunidad internacional, no admite otro calificativo en mi opinión

**28.** La experiencia demuestra que los tratados internacionales adoptados en el seno del Consejo de Europa no tienen una masiva adhesión de Estados fuera del contexto de la propia organización regional. No alcanzan el grado de tratados multilaterales de alcance global, ni directa ni indirectamente; esto es, por el número de Estados que son parte en los mismos o en la medida en que sirven de inspiración para otros tratados de ámbito universal. Todavía se sigue viendo con recelo en diversas partes del mundo las propuestas normativas que llegan de Europa como reflejo de aspiraciones neocoloniales, irrespetuosas con la diversidad cultural de la sociedad mundial. Este sentimiento de rechazo en parte se explica por el hecho de que algunos términos utilizados en este Convenio no habrían sido consensuados con actores no participantes en el mismo.<sup>79</sup>

## 2. Una solución de soft law: ¿códigos de conducta jurídicamente no vinculantes?

**29.** Los códigos de conducta, como fenómeno reciente asociado a la globalización económica, son una política formulada por escrito o una declaración de principios destinada a servir de base al compromiso de conducta de una empresa particular<sup>80</sup>. En virtud de la misma, una empresa, con frecuencia se trata de una multinacional, se compromete a respetar unas determinadas prácticas en materia de derechos humanos, de estándares laborales, de protección del medio ambiente y de no fomentar la corrupción de las autoridades públicas en la cadena de producción de un producto que comercialice, lo cual implica que los efectos de dicho compromiso se extienden a los centros filiales que participan en la cadena de producción, generalmente, ubicados en países en desarrollo. Al enunciar estándares mínimos, los códigos de conducta han contribuido a consolidar un núcleo de derechos humanos y de estándares laborales y medioambientales en el elevado número de países donde no existen medios de aplicación junto con un reforzamiento de las buenas prácticas de los gobiernos, y son un claro ejemplo de la incidencia de la globalización en la interacción de los actores y sujetos internacionales, Estados y Organizaciones Internacionales universales (OIT, ONU), a través del conocido como Pacto Mundial (Global Compact en inglés).

**30.** Respondiendo a una iniciativa personal del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas lanzada en Davos, Suiza, el 31 de enero de 1999, el Pacto Mundial se articuló a nivel institucional en la Oficina del Pacto Mundial<sup>81</sup>, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente<sup>82</sup>. A nivel de contenidos, el

<sup>76</sup> De conformidad con el artículo 60 de la Convención de Viena de 23 de mayo 1969 sobre Derecho de Tratados. BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

<sup>77</sup> Así se entiende desde el Derecho internacional público en relación con cuestiones biojurídicas: *vid.* D. GARCÍA SAN JOSÉ, “Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global”, *op. cit.*, y, en el ámbito específico de la falsificación de medicamentos: *vid.* Ó. ALARCÓN-JIMÉNEZ, “The MEDICRIME Convention. Fighting against counterfeit medicine”, *Eurohealth*, vol. 21, 4, 2015, p. 26.

<sup>78</sup> [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/211/signatures?p\\_auth=0c4cwzL9](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/211/signatures?p_auth=0c4cwzL9)

<sup>79</sup> Así, por ejemplo, el concepto de falsificación recogido en el Convenio MEDICRIME no coincide con el establecido por la Organización Mundial del Comercio ni por la Organización Mundial de la Salud. *Vid.* F. CVETANOVSKI *et al.*, “Counterfeiting of medicines as an infringement of the intellectual property rights”, *Macedonian pharmaceutical bulletin*, vol. 62, 1, 2016, p. 85.

<sup>80</sup> *Examen general de los acontecimientos globales y de las actividades de la Oficina en relación con los códigos de conducta, el etiquetado social y otras iniciativas del sector privado que revisten importancia para las cuestiones laborales*. Documento de la OIT, GB.273/WP/SDL/1 (rev. 1), Consejo de Administración, 273ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998, párr. 68.

<sup>81</sup> Cuya página web es <https://www.globalcompact.org>

<sup>82</sup> Asimismo, en el Pacto participan los agentes sociales pertinentes: los gobiernos, que definieron los principios en los que se basa esta iniciativa; las empresas, cuyas acciones se pretende influenciar, los trabajadores, en cuyas manos se concreta el proceso

Pacto Mundial tiene su base en el apoyo de los actores económicos, en particular, el mundo empresarial a un conjunto de valores fundamentales en cuatro ámbitos interconectados en la sociedad económica globalizada: los derechos humanos, el medio ambiente, las normas laborales y, recientemente, las prácticas de buen gobierno a través del principio contra la corrupción<sup>83</sup>. En el contexto del Pacto Mundial hay que señalar el *Project Breakthrough*<sup>84</sup> como una herramienta no institucionalizada para implicar al mundo empresarial en los nuevos objetivos de Desarrollo Sostenible previstos en la Agenda 2030. El potencial de esta alianza a través de la aplicación de la IA y la Oficina del Pacto Mundial es indudable considerando el número de empresas que en ella participan y las sedes nacionales del Pacto Mundial en más de 160 países. Los distintos modos en los que la IA eventualmente contribuirá a hacer realidad dichos objetivos de Desarrollo Sostenible aparecen profusamente descritos en el documento *Artificial Intelligence. A more intelligent future*.<sup>85</sup>

31. El Pacto Mundial no consiste en un instrumento regulador, que vigila, impone, o evalúa la conducta o las acciones de las empresas sino un medio de canalizar la incentiva privada previendo como única sanción para las empresas participantes en caso de incumplimiento de lo acordado el salir de la lista publicada en el sitio web del pacto mundial<sup>86</sup>. Sin embargo, la no exigencia jurídica del cumplimiento de los compromisos voluntariamente asumidos por las empresas multinacionales en el Pacto Mundial resulta difícil de aceptar y casa mal con las exigencias que desde los distintos foros institucionalizados se viene haciendo para que la IA sea fiable, robusta, ética y respetuosa de los derechos humanos<sup>87</sup>.

### 3. Una solución intermedia: ¿el activismo judicial de tribunales internacionales previstos en tratados internacionales sin necesidad de modificar éstos?

32. Esta solución toma como referente la aproximación seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los desafíos que la asimétrica regulación de la gestación por sustitución a nivel europeo planteaba para los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Convenio de Derechos Humanos de 1950: sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, *casos Menesson y Labasse c. Francia*, y de 27 de enero de 2015 (Sala) y de 24 de enero de 2017 (Gran Sala), ambas en el *caso Paradiso y Campanelli c. Italia*, al asumir el concepto de “familia de facto” y defender el interés superior del menor. En dicha jurisprudencia ha jugado un papel esencial el principio del interés superior del menor pese al hecho de que en el ámbito específico de la gestación subrogada, no resulta fácil determinar dónde se halla el interés superior del menor: ¿en mantenerlo con los padres de intención que lo han cuidado desde sus primeras horas de vida o con su madre biológica que, en algunos casos, no desarrolló lazos afectivos con el ser humano que concebía al considerarlo como el objeto de un negocio jurídico?

33. Al aplicar la *teoría del justo equilibrio de los distintos intereses en juego*, los principios desarrollados por el Tribunal Europeo en esta cuestión constituyen un marco inspirador para el legislador internacional a la hora de elaborar un eventual convenio de protección de derechos humanos *ad hoc* para

---

de mundialización, las organizaciones de la sociedad civil, que representan a la más amplia comunidad de interesados; y las naciones Unidas, que son verdaderamente el único foro político mundial, una voz autorizada, con poder convocador y catalizador.

<sup>83</sup> El principio 10º del Pacto Mundial, incluido el 24 de junio de 2004 establece que “los negocios deberán actuar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno”.

<sup>84</sup> <http://breakthrough.unglobalcompact.org/> (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>85</sup> Disponible en internet en [https://breakthrough.unglobalcompact.org/site/assets/files/1454/hhw-16-0017-d\\_c\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://breakthrough.unglobalcompact.org/site/assets/files/1454/hhw-16-0017-d_c_artificial_intelligence.pdf) (visitado el 1 de diciembre de 2020)

<sup>86</sup> Se trata de la “movilización de la vergüenza” una sanción moral bien conocida en el ámbito de los mecanismos extraconvencionales de protección de derechos humanos de Naciones Unidas que, sin embargo, la práctica parece confirmar su limitada eficacia.

<sup>87</sup> Pese a sus críticos, el Pacto Mundial ofrece una sistematización necesaria para salvaguardar los contenidos mínimos (el “núcleo duro”) que en materia laboral, medioambiental y de protección de derechos humanos deben ser respetados en cualquier parte del mundo donde quiera que tenga lugar una actividad productiva.

la gestación por sustitución. De hecho, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su referida Recomendación CM/Rec (2020)1, sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, recuerda entre sus Principios de aplicación general, la responsabilidad de respetar los derechos humanos en el ámbito de la IA<sup>88</sup>: “Considerando que los Estados miembros del Consejo de Europa se han comprometido a garantizar los derechos y libertades consagrados en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (ETS No. 5, “el Convenio”) a todas las personas dentro de su jurisdicción y que este compromiso se mantiene a lo largo de los continuos procesos de avance tecnológico y transformación digital que están viviendo las sociedades europeas.”<sup>89</sup>; “Recordando la obligación de los Estados miembros en virtud de la Convención de abstenerse de cometer violaciones de derechos humanos, incluso a través de sistemas algorítmicos, ya sea que se utilicen por sí mismos o como resultado de sus acciones, y su obligación de establecer marcos legislativos, regulatorios y de supervisión efectivos y predecibles que prevenir, detectar, prohibir y reparar las violaciones de derechos humanos, ya sean de origen público o privado y que afecten a las relaciones entre empresas, entre empresas y consumidores o entre empresas y otras personas y grupos afectados.”<sup>90</sup>

**34.** Sin embargo, el velar por posibles violaciones causadas durante el ciclo de vida de la IA sobre los derechos y libertades protegidos en un tratado internacional que, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuenta con un mecanismo de supervisión de las obligaciones asumidas por los Estados parte en el mismo en el sentido de respetar y hacer respetar dichos derechos y libertades, puede no ser la solución más idónea para la IA. Como recuerda la Comisión en su Libro Blanco sobre la IA, “los desarrolladores e implementadores de la IA ya están sujetos a la legislación europea en materia de derechos fundamentales (la protección de datos, la privacidad o la no discriminación, entre otras), de protección de los consumidores y normas sobre la seguridad de los productos y la responsabilidad civil. *Sin embargo, algunas características específicas de la IA (como la opacidad) pueden hacer que la aplicación y ejecución de dicha legislación sea más compleja.*”<sup>91</sup> (La cursiva es añadida).

**35.** Esa opacidad no sólo es atribuible al secretismo o falta de transparencia de los fabricantes y diseñadores de IA, sino que -como hemos tenido ocasión de señalar páginas atrás al referirnos a los factores que dificultan su regulación internacional- se debe también a las propias características de la IA, pues como reconoce la Comisión Europea: “un determinado riesgo para los derechos fundamentales puede existir en el momento de la comercialización de un producto que lleva incorporada IA, o surgir después, como resultado de la actualización de los programas informáticos y del aprendizaje automático de dicho producto una vez esté en funcionamiento.”<sup>92</sup> Por ello, concluye la Comisión afirmando que “no sólo es necesaria la adaptación de la legislación vigente relativa a la protección de los derechos fundamentales y los derechos de los consumidores, sino que es necesaria nueva legislación específica sobre IA.”<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> Principio 1.1. de la Recomendación CM/Rec (2020)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: “Los actores del sector privado involucrados en el diseño, desarrollo, venta, despliegue, implementación y servicio de sistemas algorítmicos, ya sea en la esfera pública o privada, deben ejercer la debida diligencia en el respeto de los derechos humanos. Tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos internacionalmente de sus clientes y de otras partes afectadas por sus actividades. Esta responsabilidad existe independientemente de la capacidad o voluntad de los Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Como parte del cumplimiento de esta responsabilidad, los actores del sector privado deben tomar medidas continuas, proactivas y reactivas para garantizar que no causen ni contribuyan a violaciones de los derechos humanos y que sus acciones, incluidos sus procesos innovadores, respeten los derechos humanos. También deben ser conscientes de su responsabilidad hacia la sociedad y los valores de la sociedad democrática. Deben documentarse los esfuerzos para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos.”

<sup>89</sup> Párrafo 2 del Preámbulo de la Recomendación CM/Rec (2020)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos.

<sup>90</sup> Párrafo 10 del Preámbulo de la Recomendación CM/Rec (2020)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos.

<sup>91</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europea orientado hacia la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020, *op. cit.*, p. 12.

<sup>92</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>93</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, p. 20.

### III. La vía de estandarización del Global Law (principios informadores) como catalizador de una respuesta de la comunidad mundial sobre una base consensual colectiva

36. Desde hace años creo que es posible identificar la presencia de una incipiente comunidad mundial que reivindica un paradigma de Derecho internacional post contemporáneo (Global Law) integrado por el conjunto de obligaciones asumidas por los sujetos y actores internacionales en virtud de su consentimiento o al margen del mismo. Un paradigma de Derecho internacional postcontemporáneo que, conforme a sus valores universales expresados en la Carta de las Naciones Unidas, aspira a regular las relaciones de coexistencia, cooperación e interdependencia de los integrantes de esa incipiente comunidad global, junto al bien común de la propia comunidad en su conjunto a través de una gestión responsable, y por ello solidaria, de las competencias reconocidas a cada integrante de la misma<sup>94</sup>. De ahí la soberanía responsable como piedra angular de esta estructura comunitaria y, en consecuencia, que se prefieran los medios institucionalizados, representados en las Organizaciones Internacionales, para la gestión responsable de intereses generales. Se caracterizaría esta comunidad mundial por la aspiración de hacer primar los intereses generales sobre los particulares de cada uno de ellos y comunes a todos o a una gran parte de los mismos. La idea de comunidad mundial toma a los Estados y a las Organizaciones Internacionales como sus pilares centrales, reflejando el adjetivo de “mundial” los vínculos de solidaridad que estos establecen entre sí y que son consecuencia directa de las relaciones de interdependencia que les unen: en cuanto a los problemas y a sus posibles soluciones.

37. Esa Comunidad mundial reclama un concepto de Global Law -coincidente con el defendido por la profesora IGLESIAS VÁZQUEZ<sup>95</sup>- cuya vía de realización idónea es la de los principios generales del Derecho internacional general, entendidos como los *prima principia* o principios constitucionales del orden jurídico internacional. Serían, como dejó escrito mi maestro, el profesor CARRILLO SALCEDO, “los axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico, bien porque el Derecho se remite a ellos como término o canon de aspiración o porque forman parte integrante del ordenamiento.”<sup>96</sup> Los dos principios estructurales en esta comunidad mundial aparecen enunciados en la Carta de las Naciones Unidas: por una parte, está el principio de la igualdad soberana de los Estados y por otra parte, el principio de la dignidad intrínseca del ser humano<sup>97</sup>. Ahora bien, ¿podemos identificar principios informadores de este Global Law aplicables a la IA?

#### 1. Los principios de precaución y de gestión responsable del riesgo en el ciclo de vida de los sistemas de IA

38. Sorprende que ninguno de los instrumentos analizados en el contexto de la Unión Europea se haya invocado el principio de precaución en el ámbito de la IA, pese a ser un principio asumido por esta organización desde hace años para hacer frente a los desafíos tecnológicos<sup>98</sup>, en especial, para afrontar los riesgos de la nanotecnología y los nanomateriales. En efecto, desde los primeros documentos europeos consagrados a las nanotecnologías se ha venido poniendo énfasis en la necesidad de respetar

<sup>94</sup> D. GARCÍA SAN JOSÉ, *El Derecho Internacional post contemporáneo*, op. cit., p. 319.

<sup>95</sup> M. IGLESIAS VÁZQUEZ, “Globalización, Globalización Jurídica, *Global Law* y Derecho Internacional Privado”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 9, 1, 2017, p. 234.

<sup>96</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho internacional contemporáneo*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 2001, p. 147.

<sup>97</sup> Vid. F. MARIÑO MENÉNDEZ, “Los límites de la noción de orden público internacional”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, 2005, p. 825.

<sup>98</sup> COM (2008) 366 final, p. 9. Al respecto es de lectura obligada la Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución, de 2 de febrero de 2000 COM (2000) 1 final. En resumen, las medidas derivadas del recurso al principio de precaución deben respetar los principios generales de la gestión de los riesgos y, por tanto, deben ser medidas proporcionadas, no discriminatorias y coherentes, y han de basarse en el análisis de los posibles beneficios y costes de la acción o de la falta de acción, así como en el estudio del desarrollo científico.

los principios éticos que caracterizan la sociedad europea<sup>99</sup>. De manera expresa, la Comisión Europea en doble cualidad de responsable de la elaboración de las políticas de la Unión y como organismo de financiación de la investigación en innovación, se ha comprometido a garantizar “que la I+D financiada por la Comunidad en el ámbito de las N+N (nanociencias y nanotecnologías) siga desarrollándose de manera responsable recurriendo, por ejemplo, a análisis éticos.”<sup>100</sup>

39. Es en este contexto en el que debe verse la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de febrero de 2008 sobre un código de conducta para una investigación responsable en el campo de las nanociencias y las nanotecnologías. Este código de conducta, es de carácter voluntario para las partes interesadas<sup>101</sup> pero hay una expresa llamada a los Estados Miembros de la Unión Europea para que fomenten a todos los niveles de su jurisdicción la adopción voluntaria del mismo<sup>102</sup> y se aspira a utilizarlo en las relaciones comerciales a escala internacional<sup>103</sup>. Por esta razón aparece anexo a una Recomendación de la Comisión Europea, típico acto comunitario sin carácter vinculante y a falta de una legislación en la Unión Europea específica sobre esta materia, *de facto* ejerce un valor normativo –aún de soft law- complementando la normativa existente en la Unión Europea<sup>104</sup>. Responde a la idea eje de que la investigación sobre las nanociencias y las nanotecnologías en toda la Unión Europea se lleve a cabo dentro de un marco seguro, ético y eficaz, pues ha sido deseo expreso de las instituciones europeas integrar desde el principio la dimensión de la seguridad en esta investigación<sup>105</sup>. Se basa el código en siete principios generales: sentido<sup>106</sup>, sostenibilidad<sup>107</sup>, precaución<sup>108</sup>, participación<sup>109</sup>, excelencia<sup>110</sup>, innovación<sup>111</sup> y rendición de cuentas<sup>112</sup>, que sustentan unas directrices sobre las medidas que deben tomar las partes interesadas.

<sup>99</sup> Principios como, por ejemplo, el respeto de la dignidad, el principio de la autonomía del individuo, el principio de justicia y de beneficencia, el principio de libertad de investigación y el principio de proporcionalidad. Comunicación de la Comisión Europea: “Hacia una estrategia europea para las nanotecnologías”, COM (2004) 338 final, de 12.5.2004, p. 22. Se insistía desde la Comisión Europea, además, en que algunas aplicaciones, como por ejemplo los sensores miniaturizados, podían tener implicaciones específicas para la protección de la privacidad y de los datos personales. *Ibidem*.

<sup>100</sup> COM (2005) 243, “Nanociencias y nanotecnologías: un plan de acción para Europa 2005-2009”, p. 9.

<sup>101</sup> Según el artículo 2. c) de la Recomendación de la Comisión C(2008) 424, éstas son los Estados miembros, los empleadores, las entidades financieras de la investigación, los investigadores y, más en general, todas las personas y organizaciones de la sociedad civil que participan, están involucradas o están interesadas en la investigación sobre N+N.

<sup>102</sup> En todos los apartados de la Recomendación de la Comisión y, expresamente, en el cuarto.

<sup>103</sup> *Vid.* Punto 7.1. a) (p. 12) de *supra* citada COM (2005) 243

<sup>104</sup> Nótese que aparece publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea con la nomenclatura “L” (legislación) y no “C” (actos preparatorios)

<sup>105</sup> Como se indica en el considerando 11 del preámbulo de la Recomendación de la Comisión que anexa este código de conducta: “(su) objetivo es promover una investigación integrada, segura y responsable en materia de nanociencias y nanotecnologías en Europa en beneficio de la sociedad en su conjunto.”

<sup>106</sup> Artículo 3.1.: “Las actividades de investigación sobre N+N deben ser comprensibles para el público. Deben respetar los derechos fundamentales y llevarse a cabo en interés del bienestar de las personas y de la sociedad en su diseño, ejecución, difusión y uso.”

<sup>107</sup> Artículo 3.2.: “Las actividades de investigación sobre N+N deben ser seguras y éticas, y contribuir al desarrollo sostenible, estando al servicio de los objetivos de sostenibilidad de la Comunidad y contribuyendo a los objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas. No deben resultar perjudiciales ni crear una amenaza biológica, física o moral para las personas, los animales, los vegetales o el medio ambiente, ni en el presente ni en el futuro.”

<sup>108</sup> Artículo 3.3.: “La actividades de investigación sobre N+N deben llevarse a cabo de conformidad con el principio de precaución, previendo los posibles impactos de sus resultados sobre el medio ambiente, la salud y la seguridad y adoptando las precauciones debidas en proporción con el nivel de protección, al tiempo que se fomenta el progreso en beneficio de la sociedad y del medio ambiente.”

<sup>109</sup> Artículo 3.4.: “La gobernanza de las actividades de investigación sobre N+N debe guiarse por los principios de apertura a todas las partes interesadas, transparencia y respeto por el derecho legítimo de acceso a la información. Debe permitir que participen en los procesos de adopción de decisiones todas las partes interesadas o preocupadas por las actividades de investigación sobre N+N.”

<sup>110</sup> Artículo 3.5.: “Las actividades de investigación sobre N+N deben ajustarse a los mejores patrones científicos incluidos los que fundamentan la integridad de la investigación y los relacionados con las buenas prácticas de laboratorio.”

<sup>111</sup> Artículo 3.6.: “La gobernanza de las actividades de investigación sobre N+N debe fomentar la máxima creatividad, flexibilidad y capacidad de planificación para la innovación y el crecimiento.”

<sup>112</sup> Artículo 3.7.: “Los investigadores y las organizaciones de investigación deben rendir cuentas por los impactos sociales, ambientales y sobre la salud humana que su investigación sobre N+N pueda tener para las generaciones presentes y futuras.”

40. El Consejo de Europa ha asumido de manera explícita un principio de precaución en el ámbito de la IA en su Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos<sup>113</sup>, y desarrollado en su apéndice que contiene las Directrices para abordar dichos impactos: “5. *Medidas de precaución:*” 5.1. Evaluación continua<sup>114</sup>, 5.2. Capacitación del personal<sup>115</sup>, 5.3. Evaluaciones del impacto en los derechos humanos<sup>116</sup>, 5.4. Seguimiento<sup>117</sup>.

41. A diferencia de la aproximación seguida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, la Comisión Europea ha apostado en su Libro Blanco sobre la IA, por una nueva regulación basada no en el principio de precaución sino en la gestión del riesgo (a mayor riesgo, se requerirá una regulación más estricta)<sup>118</sup>. En el plano teórico, la Comisión considera que una aplicación determinada de IA debe considerarse de riesgo elevado en función de lo que está en juego y considerando si tanto el sector como el uso previsto suponen riesgos significativos, en especial, desde la perspectiva de la protección de la seguridad, los derechos de los consumidores y los derechos fundamentales<sup>119</sup>.

42. Es una aproximación que, en principio, podría parecer similar a la seguida en el Derecho Internacional general respecto de actividades lícitas pero altamente peligrosas, como la energía nuclear, el transporte de hidrocarburos o el lanzamiento de artefactos al espacio. En virtud de esta regulación internacional, cuando estemos en estos sectores de actividades ultra peligrosas, se presume una responsabilidad objetiva o por riesgo siempre que se materialice un daño transfronterizo como resultante de una de dichas actividades. Diversos autores han venido defendiendo la tesis de que la obligación impuesta a los Estados en virtud del principio de prevención sería de comportamiento, la diligencia debida, y no

---

<sup>113</sup> Principio de precaución. Parágrafo 15 de la Recomendación CM/Rec (2020)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: “(...) Los Estados miembros deben adoptar un enfoque de precaución y exigir el rechazo de determinados sistemas cuando su despliegue conlleve un alto riesgo de daños irreversibles o cuando, debido a su opacidad, el control y la supervisión humanos se vuelvan impracticables.”

<sup>114</sup> “Los actores del sector privado deben desarrollar y documentar procesos internos para asegurar que su diseño, desarrollo y despliegue continuo de sistemas algorítmicos se evalúen y prueben continuamente, no solo para detectar posibles errores técnicos sino también los posibles impactos legales, sociales y éticos que los sistemas puedan generar. Cuando la aplicación de sistemas algorítmicos conlleva altos riesgos para los derechos humanos, incluso a través de procesos de micro-focalización que pueden evitar o mitigar por sí mismos, los actores del sector privado deben tener la posibilidad de notificar y consultar a las autoridades supervisoras en todas las jurisdicciones relevantes para buscar asesoramiento y orientación sobre cómo gestionar estos riesgos, incluso mediante el rediseño de los servicios en cuestión.”

<sup>115</sup> “Todos los miembros relevantes del personal involucrados en las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos y en la revisión de los sistemas algorítmicos deben estar adecuadamente capacitados y ser conscientes de sus responsabilidades con respecto a los derechos humanos, incluidos, entre otros, los estándares de privacidad y protección de datos personales aplicables.”

<sup>116</sup> “Las evaluaciones del impacto en los derechos humanos deben realizarse de la manera más abierta posible y con la participación activa de las personas y grupos afectados. En caso de despliegue de sistemas algorítmicos de alto riesgo, los resultados de las evaluaciones de impacto en los derechos humanos en curso, las técnicas identificadas para la mitigación de riesgos y los procesos de monitoreo y revisión relevantes deben ponerse a disposición del público, sin perjuicio del secreto protegido por la ley. Cuando sea necesario hacer cumplir las reglas del secreto, cualquier información confidencial debe proporcionarse en un apéndice separado del informe de evaluación. Este apéndice debe ser accesible a las autoridades de supervisión pertinentes.”

<sup>117</sup> “Los actores del sector privado deben garantizar un seguimiento adecuado de sus evaluaciones de impacto en los derechos humanos tomando las medidas adecuadas en función de los hallazgos registrados durante todo el ciclo de vida del sistema algorítmico y monitoreando la efectividad de las respuestas, con miras a evitar o mitigar los efectos adversos y riesgos para el ejercicio de los derechos humanos. Las fallas identificadas deben resolverse lo antes posible y las actividades relacionadas deben suspenderse cuando corresponda. Esto requiere controles de control de calidad regulares y continuos y auditorías en tiempo real a lo largo de las etapas de diseño, prueba e implementación. Además, requiere una consulta regular con las personas afectadas para monitorear los sistemas algorítmicos en busca de impactos sobre los derechos humanos en contexto e *in situ* y corregir errores y daños de manera adecuada y oportuna. Esto es particularmente importante dado el riesgo de ciclos de retroalimentación que pueden exacerbar y afianzar los impactos adversos sobre los derechos humanos.”

<sup>118</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial, op. cit.*, pág. 21.

<sup>119</sup> *Ibidem.*

solo de resultado<sup>120</sup>. Esto es, la responsabilidad internacional del Estado que planifique o realice actividades no prohibidas por el Derecho Internacional aunque ecológicamente peligrosas, podría originarse con independencia de que se hubiera o no producido un daño ecológico a terceros Estados. En esta línea de pensamiento, otros autores, como Pierre-Marie DUPUY -con quien coincido-, han estimado que el principio de prevención impone dos obligaciones complementarias y diferentes, de comportamiento y de resultado, respectivamente: de un lado, la obligación de gestionar el riesgo de la manera en que lo haría “un buen gobierno” (principio de la debida diligencia); de otro lado, la obligación de no permitir que un Estado sufra en su territorio o bajo su control, un daño derivado de actividades realizadas bajo su soberanía, jurisdicción o control (principio de la no utilización perjudicial del territorio)<sup>121</sup>.

43. La idea de la soberanía responsable parece así estar cada vez más presente en este Derecho Global, aún en gestación, como muestra la labor codificadora de la Comisión de Derecho Internacional en relación con el principio de prevención al imponer al Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan actividades no prohibidas por el Derecho Internacional, que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible, dos obligaciones complementarias aunque diferentes: la obligación genérica de la debida diligencia *ex ante* (anterior al daño y que se traduce en la obligación de gestionar el riesgo de una manera apropiada) y *ex post facto* (una vez causado éste, minimizando sus efectos, esto es, la obligación de conducir estas actividades peligrosas de una forma respetuosa con las obligaciones internacionalmente asumidas frente a otros estados, de manera individual o colectiva)<sup>122</sup>.

44. Sin embargo, una lectura atenta al Libro Blanco de la Comisión sobre IA permite concluir la tesis contraria a esta idea que acaba de defenderse, en la medida en que la Comisión acepta como premisa de una eventual regulación europea, el hecho de que no toda utilización de la IA en sectores previamente señalados (sanidad, transporte, energía, etc.) implica necesariamente riesgos significativos. En concreto, para la Comisión, una aplicación de IA debe cumplir dos requisitos para considerarse que conlleva un riesgo elevado: de una parte, se exige que la aplicación se emplee en un sector en el que por las características o actividades que se llevan a cabo normalmente, es previsible que existan riesgos significativos (sanidad, transporte, energía y determinados ámbitos del sector público); de otra parte, se requiere además que la aplicación de IA en el sector en cuestión, se use de manera que pueda hacer surgir riesgos significativos (ej. El uso de aplicaciones de IA con efectos jurídicos o similares en los derechos de un particular o de una empresa; aplicaciones que presenten el riesgo de causar lesiones, muerte o daños materiales o inmateriales significativos)<sup>123</sup>. Para las aplicaciones de IA de alto riesgo la Comisión Europea señala que la nueva legislación que deba adoptarse ha de centrarse en el proceso de entrenamiento de los sistemas inteligente<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> J. BARBOZA, “International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by International Law and Protection of the Environment”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1994-III, tomo 247, p. 336. En los propios términos de este autor: “es una obligación de diligencia debida y *en modo alguno una obligación de resultado*, y su incumplimiento por el Estado de origen genera responsabilidad por hecho ilícito.” (La cursiva es añadida).

<sup>121</sup> *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 53º Período de sesiones (2001), párrafo 76, págs. 21 a 38 del Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (de 23 de abril a 1 de junio y de 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56º Período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/56/19). P. -M. DUPUY, “Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle?” *Revue Général de Droit International Public*, 1997, 4, p. 881.

<sup>122</sup> *Vid.* D. GARCÍA SAN JOSÉ, “La prevención de daños medioambientales transfronterizos resultantes de actividades peligrosas: recientes desarrollos en Derecho Internacional”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, *op. cit.*, pp. 661-678.

<sup>123</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>124</sup> *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, p. 23: “deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar que, en lo que se refiere a los datos utilizados para entrenar los sistemas de IA, se respeten los valores y normas de la UE, concretamente con relación a la seguridad y la legislación vigente para la protección de los derechos fundamentales.”

45. Recordando la fallida experiencia del Convenio MEDICRIME, el hecho de que incluso a nivel europeo se evidencie una discrepancia en cuanto a los principios informadores eventualmente aplicables a la regulación internacional de la IA, parece presagiar que será difícil consensuar esos mismos principios u otros a escala universal, conforme entren en juego otros sujetos y actores internacionales externos al contexto europeo. Es por esta razón por la que desde estas páginas se aboga por aprovechar la indiscutida validez universal de un principio informador, como es el principio de la dignidad intrínseca del ser humano, para releerlo en el contexto de los desafíos y riesgos que suscita la IA a la luz de otro emergente principio general del Derecho internacional: el principio de necesidad.

## 2. El principio de necesidad vinculado al principio de dignidad humana como un emergente principio general del Derecho Global frente a los riesgos de una expansión imparable y sin control de la IA

46. La legitimidad de este nuevo orden normativo global, aún en formación, se basa en la percepción de algunas amenazas como cuestiones de interés general de la Comunidad mundial (la Comunidad Internacional de Estados en su Conjunto y el resto de actores con una presencia significativa en relación con dichas cuestiones), sobre una base consensual colectiva que prevalecería sobre la base consensual individual y en la superación de la distinción entre normas duras y blandas como asunción de obligaciones de comportamiento y de resultado. En este sentido, sería posible una regulación internacional en el ámbito de la IA considerando los principios generales del Derecho Internacional tales como el principio de necesidad conectado con la dignidad humana.

47. Desde hace años se viene defendiendo la tesis de que cuando frente a amenazas globales para la seguridad humana sólo puedan adoptarse aproximaciones multilaterales, entonces, la posición unilateral de un simple Estado o de un reducido grupo de Estados no puede ser un obstáculo para la solución<sup>125</sup>. Este dato puede llevar a justificar la necesidad de defender el principio de necesidad como preferible al principio de precaución por varias razones: en primer lugar, el principio de necesidad vinculado a la dignidad humana reclamaría una aproximación multilateral –como sucede con los principales tratados internacionales de protección de derechos humanos ampliamente ratificados o las normas esenciales del Derecho internacional humanitario que gozan, igualmente, de una aceptación universal- mientras que el principio precautorio normalmente es invocado desde una posición unilateral; en segundo lugar, el principio precautorio es utilizado como una reacción preventiva de un daño cuando una amenaza es detectada y no existe una suficiente base científica, mientras que el principio de necesidad, estando estrechamente ligado a consideraciones elementales de humanidad, sugeriría una aproximación más amplia, esto es, no sólo como reacción sino como una estrategia vista como un *continuum*: antes, durante y después de que la concreta amenaza es percibida. Finalmente, el principio de necesidad conectado con la dignidad y la protección de los derechos fundamentales debería establecerse sobre la base de una nueva lectura de la soberanía en un sentido funcional, en virtud del cual, se toma en consideración los derechos pero especialmente los deberes de los Estados frente a otros Estados, sus propios ciudadanos y la Comunidad mundial<sup>126</sup>.

48. En consecuencia, el principio de necesidad como nuevo y emergente principio general del Derecho Global, vinculado al principio informador de la dignidad intrínseca del ser humano, de indis-

<sup>125</sup> En otras palabras, su posición unilateral no puede seguir siendo relevante en esta cuestión. D. GARCÍA SAN JOSÉ, “El principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental como instrumento idóneo para reforzar la acción internacional, normativa e institucional, en materia de cambio climático”, en R. GILES CARNERO, (Coord.): *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro*, Cizur Menor, Thomson Reuter Aranzadi, 2012, p. 81.

<sup>126</sup> En este sentido, mientras que el principio precautorio podría ser visto como una barrera de un Estado frente al resto del mundo, el principio de necesidad-seguridad medioambiental debería ser considerado, más bien, como el puente que vincula a ese Estado con la Comunidad Internacional en la que se integra. D. GARCÍA SAN JOSÉ, “El principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental como instrumento idóneo para reforzar la acción internacional, normativa e institucional, en materia de cambio climático”, *op. cit.*, p. 82.

tida validez en el Derecho Internacional contemporáneo desde la Carta de San Francisco de 1945, podría y, de hecho debería, ser considerado como la piedra angular de un *corpus iuris* internacional sobre IA del que se derivasen obligaciones jurídicas vinculantes para todos los actores que participan en el ciclo de vida de los sistemas de IA con independencia de su naturaleza pública o privada, o de su dimensión internacional, supranacional o nacional.

49. Es común a las distintas resoluciones y recomendaciones aprobadas en los últimos años sobre la conveniencia de una regulación internacional de la IA, la preferencia por la vía de principios generales dirigidos no sólo a los Estados sino también a otros actores de carácter público y privado relacionados con la IA. Esos principios tienen en común los valores subyacentes a los mismos, siendo el principal de ellos como ya se ha señalado al comienzo de este estudio, el *enfoque antropocéntrico de cualquier posible regulación de la IA*. Recuérdese que la Comisión europea publicó en 2019 la Comunicación COM (2019) 168 en virtud de la cual acogía favorablemente los siete requisitos esenciales contemplados en las directrices del Grupo de Expertos de Alto Nivel: acción y supervisión humanas; solidez técnica y seguridad; gestión de la privacidad y de los datos; transparencia; diversidad, no discriminación y equidad; bienestar social y medioambiental; y la rendición de cuentas.

50. Asimismo, nótese como la Recomendación de la UNESCO distingue entre valores y principios, precisando que: "...Mientras que el conjunto de valores que se enuncian a continuación inspira, por tanto, un comportamiento deseable y representa los cimientos de los principios, éstos, por su parte, revelan los valores subyacentes de manera más concreta, de modo que los valores pueden aplicarse más fácilmente en las declaraciones y acciones políticas."<sup>127</sup> La distinción entre valores y principios puede ser relevante, por ejemplo, en otros contextos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En las *Explicaciones* formuladas por el *Praesidium* de la Convención de 2000, y actualizadas por el *Praesidium* de la Convención Europea en 2007, se aclara la distinción entre derechos y principios, indicándose que los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse.<sup>128</sup> En todo caso, de conformidad con el párrafo 140 de dicha Recomendación del Comité de Ministros de Consejo de Europa, ésta ha de entenderse como un todo, los valores<sup>129</sup> y principios fundamentales<sup>130</sup> en ella recogidos "deben considerarse complementarios y relacionados entre sí".

## IV. Conclusiones

51. Al finalizar estas páginas, algunas ideas pueden presentarse a modo de resumen de las principales conclusiones alcanzadas. En primer lugar, en los desafíos y riesgos que conlleva el empleo de la IA en cualquiera de sus posibles manifestaciones, es posible apreciar unas constantes y unos cambios con respecto a situaciones similares afrontadas en el pasado como consecuencia de los incesantes avances científicos y tecnológicos. La indeterminación de lo que debe entenderse por IA, que se evidencia a

<sup>127</sup> Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la IA, SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV 2, Doc. Final, París, 7 de septiembre de 2020., párrafo 10.

<sup>128</sup> Publicadas junto al texto de la Carta en su versión de 2007 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DO C 303, de 14 de diciembre de 2007, pp. 17 y ss.). Y se añade: "Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos pero no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las Instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros."

<sup>129</sup> Valores: 1) Respeto, protección y promoción de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales (parás. 13-16); 2) Prosperidad del Medioambiente y los ecosistemas (parás. 17-18); 3) Respeto, protección y promoción de la diversidad y la inclusión (parás. 19-21); 4) Vivir en armonía y paz (parás. 22-24).

<sup>130</sup> Principios: 1) Proporcionalidad e inocuidad (parás. 25-26); 2) Seguridad y protección (pará. 27); 3) Equidad y no discriminación (parás. 28-30); 4) Sostenibilidad (pará. 31); 5) Privacidad (parás. 32-34); 6) Supervisión y decisión humanas (parás. 35-36); 7) Transparencia y explicación (parás. 37-41); 8) Responsabilidad y rendición de cuentas (parás. 42-45); 10) Gobernanza y colaboración adaptativas y de múltiples partes interesadas (parás. 46-47).

nivel institucional, junto con la opacidad que rodea este sector y la consiguiente imprevisibilidad de sus riesgos, dificultan pero no imposibilitan una eventual regulación internacional de la IA.

**52.** En segundo lugar, si algo podemos aprender del pasado reciente en el que se ha tenido que dar respuesta a similares desafíos para los individuos y las sociedades de todo el mundo, traídos de la mano de la investigación embrionaria humana, de los avances en nanomateriales, o de la gestación por sustitución, es que el Derecho internacional cuenta con herramientas válidas para hacer frente a los riesgos y desafíos que comporta el desarrollo exponencial de la IA y su imparable presencia en nuestra vida diaria. Examinadas las posibles opciones: la vía convencional uniformadora del hard law (tratado), la vía armonizadora del soft law (códigos de conducta) y/o la vía intermedia (interpretación jurisprudencial teleológica de los tratados en vigor), nos hemos decantado por otra distinta consistente en la vía de estandarización del Global Law (principios informadores) como catalizador de una respuesta de la comunidad mundial sobre una base consensual colectiva.

**53.** De este modo, y como tercera idea concluyente, aun considerando que pueden ser relevantes los principios de precaución y de gestión responsable del riesgo en el ciclo de vida de los sistemas de IA, el hecho de que no sean principios recogidos de manera idéntica en los distintos documentos analizados, nos lleva a pensar que puedan tener alguna dificultad para convertirse en el necesario catalizador de dicha respuesta de la comunidad mundial. Preferimos la solución que puede aportar el principio de necesidad vinculado al principio de dignidad humana como un emergente principio general del Derecho Global frente a los riesgos de una expansión imparable y sin control de la IA.

**54.** Es evidente, como avanzábamos al principio de estas páginas, que para que esta propuesta sea operativa, hace falta asumir que la aproximación como juristas a la IA debe hacerse desde las premisas de transversalidad, multidisciplinariedad, carácter integrador y no reduccionista, así como desde la superación de la distinción entre Derecho duro vinculante y Derecho blando no vinculante (hard y soft law). Si asumimos estas premisas ya se habrá logrado la mitad del empeño (saber lo que hay que hacer). Sólo restará la otra mitad (hacer lo que hay que hacer), siempre que al Derecho Global le acompañe la voluntad política de sus protagonistas.

*LAS EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE:*  
¿UN PUNTO DE PARTIDA PARA LA ARMONIZACIÓN  
DEL PROCESO CIVIL?\*

THE EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE: A STARTING  
POINT FOR CIVIL PROCEDURE HARMONISATION?

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI  
*Catedrático de Derecho Procesal*  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)*

Recibido: 19.01.2021 / Aceptado: 23.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960>

**Resumen:** En otoño de 2020 el *European Law Institute* y UNIDROIT aprobaron las *European Rules of Civil Procedure*, un conjunto sistemático de normas a través de las que se diseña un modelo de proceso civil con potencial para resultar operativo en cualquier país europeo. Se trata, obviamente, de un instrumento de *soft law*, que se basa en un extenso y prolongado trabajo de comparación jurídica, que ha permitido detectar las mejores soluciones a las necesidades que suscita hoy en día un sistema de justicia civil eficiente. Se analizan qué son y qué no son las *European Rules*, al tiempo que se desgranán los rasgos esenciales del modelo procesal civil diseñado, caracterizado por la flexibilidad, la gestión activa del procedimiento y el esfuerzo sostenido por la solución consensual del litigio. Es difícil vaticinar cuál será su impacto futuro, aunque sin duda las *European Rules of Civil Procedure* están llamadas a desempeñar un papel relevante en cualquier tarea de armonización procesal civil que se emprenda en el futuro, en la medida en que han demostrado que técnicamente resulta posible y que, por tanto, las variables de las que depende son primordialmente políticas.

**Palabras clave:** European Rules of Civil Procedure, Proyecto ELI/UNIDROIT, reglas modelo, armonización del proceso civil, proceso civil comparado, gestión activa del procedimiento.

**Abstract:** In autumn 2020, the European Law Institute and UNIDROIT approved the European Rules of Civil Procedure, a systematic set of rules through which a civil process model is designed with the potential to be operational in any European country. It is obviously a soft law instrument, which is based on an extensive and prolonged work of legal comparison, which has made it possible to detect the best solutions to the needs of an efficient civil justice system today. This contribution analyses what the European Rules are and what they are not, along with the essential features of the civil procedural model designed, characterized by flexibility, case management and a sustained effort for the consensual solution of the dispute. It is difficult to predict what their future impact will be, although the European Rules of Civil Procedure are certainly called upon to play a relevant role in any task of civil procedural harmonisation that is undertaken in the future, to the extent that they have shown that it is technically possible and that, therefore, that it depends primarily on political variables.

**Keywords:** European Rules of Civil Procedure, ELI/UNIDROIT Project, model rules, civil procedure harmonisation, comparative civil procedure, case management.

---

\* Este trabajo es uno de los resultados del proyecto de investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

**Sumario:** I. La elaboración de las *European Rules of Civil Procedure*. II. ¿Son las *European Rules of Civil Procedure* un código modelo? 1. Las *European Rules* no pretenden ser un código. 2. Las *European Rules of Civil Procedure* sí ofrecen un modelo. A) El método y el enfoque seguidos para la elaboración de las *European Rules*. B) Las *European Rules of Civil Procedure* están diseñadas de manera sistemática. III. El modelo procesal civil que proponen las *European Rules of Civil Procedure*. 1. Un modelo de proceso civil flexible, basado en las nociones de cooperación, de proporcionalidad y de gestión activa del procedimiento. A) Flexibilidad procedimental. B) Fomento de la solución consensual de la controversia. C) Proporcionalidad. 2. Una dinámica procedimental clásica. A) Primera instancia. B) Recursos frente a la sentencia. 3. Herramientas accesorias para reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva. A) Acceso a información en poder de las demás partes y de terceros. B) Tutela cautelar. C) Tutela colectiva. IV. ¿Perspectivas de futuro?

## I. La elaboración de las *European Rules of Civil Procedure*

1. En fechas recientes se ha producido un acontecimiento de especial relevancia en el ámbito jurídico procesal: la aprobación de las *European Rules of Civil Procedure* (ERCP) por parte del *European Law Institute* (ELI) y del *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT).<sup>1</sup> Ambas instituciones han otorgado así su beneplácito al resultado final de un proyecto común que perseguía el objetivo de la elaboración de una suerte de “Código Modelo” para Europa, como forma de concretar y desarrollar para un ámbito regional determinado una propuesta anterior, la de los *ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*.

2. En 2004, en efecto, UNIDROIT aprobó unos «Principios de proceso civil transnacional», como resultado del trabajo de un equipo conjunto entre el propio UNIDROIT y el *American Law Institute* (ALI). El objetivo primario de aquel proyecto era ofrecer unos mínimos denominadores comunes que deberían guiar a los legisladores nacionales a la hora de abordar la litigación transnacional: se trataba, en otros términos, de fijarse en las peculiaridades de los procesos transfronterizos y de salvar las diferencias entre las tradiciones procesales nacionales, de modo que fuera más eficaz la coordinación entre sistemas que siempre requiere este tipo de asuntos. Se aspiraba, en definitiva, a reducir la inseguridad jurídica que se cierne sobre los sujetos llamados a litigar en contextos desconocidos.

3. De forma indirecta, los 31 bloques de principios ALI/UNIDROIT se podían considerar también como un intento de ofrecer un armazón o esqueleto básico de lo que podría ser un proceso civil mínimamente armonizado o “modelizado”<sup>2</sup>: se proponían una serie de elementos o factores comunes a todos los sistemas procesales civiles nacionales –aplicables, al menos, a los litigios transfronterizos, pero extensibles a los puramente internos–, gracias a los cuales resultaría más fácil la comprensión mutua necesaria para facilitar, v.g., la obtención de pruebas en otro Estado, la notificación transfronteriza de demandas o resoluciones y, por supuesto, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

4. Los *Principles of Transnational Civil Procedure* recibieron en su momento una gran atención en el ámbito académico internacional<sup>3</sup> y fueron también objeto de discusión y debate en foros profesionales. Su impacto práctico, sin embargo, ha resultado decepcionante: no puede decirse que los legisladores nacionales los hayan tomado como punto de partida o se hayan inspirado abiertamente en ellos a la

<sup>1</sup> El texto puede consultarse en <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules>. Se puede encontrar ahí el texto bilingüe (inglés y francés) de las reglas y de los comentarios “oficiales” a estas. Se anuncia, no obstante, una versión definitiva y revisada para este año 2021, que publicará Oxford University Press y que estará igualmente accesible en las webs de UNIDROIT y del ELI.

<sup>2</sup> Por seguir la expresión acuñada por F. FERRAND (ed.), *La procédure civile mondiale modélisée*, Ed. juridiques et techniques, París, 2004.

<sup>3</sup> Así lo demuestra la extensa bibliografía al respecto. Gran parte de la aparecida hasta finales de 2013 ha sido compilada por UNIDROIT, en un listado disponible en <https://www.unidroit.org/tcp-bibliography>. Para una visión más reciente, cfr. M. TARUFFO, “Harmonization in a Global Context: The ALI/UNIDROIT Principles”, en X. E. KRAMER / C.H. VAN RHEE (eds). *Civil Litigation in a Globalizing World*, Asser Press, La Haya, 2012, pp. 207-219; G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 153 y ss.

hora de afrontar reformas concretas. Quizá la explicación radique en su carácter demasiado genérico<sup>4</sup> – necesario para lograr un consenso global entre sistemas diversos– o en la escasa consideración que suele dedicarse por el legislador a la litigación transfronteriza. Para evitar que el esfuerzo cayera en saco roto, en 2013 UNIDROIT, esta vez de la mano del *European Law Institute*, concibió un proyecto concebido como secuela de este: se trataba de pasar de los principios globales acuñados en 2004 a la elaboración de reglas más detalladas y pensadas para aplicarse en un contexto regional de mayor integración, el europeo. Así, con la rúbrica “From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure” se celebró un encuentro inicial en Viena en otoño de 2013, que sirvió de plataforma de lanzamiento del nuevo proyecto, que se materializó en 2014, con el acuerdo formal de ambas instituciones para elaborar un conjunto de reglas y preceptos, las *European Rules of Civil Procedure*.<sup>5</sup>

5. La actividad del proyecto, que ha cubierto un periodo de casi siete años, se ha articulado sobre la base de la constitución de grupos de trabajo temáticos –integrados mayoritariamente por académicos y algunos profesionales del Derecho– vinculados a parcelas diversas del proceso civil, que han ido elaborando sus propuestas articuladas de forma sucesiva. En un primer momento se activaron tres grupos, dedicados a «Acceso a información y prueba», «Notificaciones» y «Medidas provisionales y cautelares». En una segunda etapa se constituyeron dos grupos más, uno sobre «Obligaciones de jueces, abogados y partes» y otro sobre «Litispendencia y cosa juzgada». Posteriormente, cuando ya los tres primeros habían concluido su labor y los dos segundos la tenían muy avanzada, se pusieron en marcha otros cuatro grupos, sobre «Partes» (incluyendo la tutela colectiva), «Resoluciones judiciales», «Régimen de recursos» y «Costas». Un último grupo de trabajo se ocupó de la estructura procedimental y, singularmente, de otorgar coherencia y presentar de forma unificada los resultados de los demás grupos.

6. Desde sus momentos iniciales, UNIDROIT y el ELI han querido ir compartiendo sus progresos con otros actores destacados. Han asumido así el rol de observadores del proyecto un número significativo de organizaciones intergubernamentales<sup>6</sup>, de instituciones europeas<sup>7</sup>, de asociaciones profesionales<sup>8</sup> y de sociedades científico-académicas<sup>9</sup>. Esto explica que los avances y la evolución de los trabajos hayan ido teniendo repercusiones durante el proceso de su propia elaboración, singularmente en el ámbito de la Unión Europea y, más en concreto, del Parlamento Europeo. Así, a modo de ejem-

<sup>4</sup> Los redactores de los *Principles* elaboraron igualmente una serie de *Rules*, más detalladas, destinadas a concretar el alcance de aquellos. Las *Rules*, sin embargo, no fueron nunca aprobadas oficialmente ni por el *American Law Institute* ni por UNIDROIT, aunque sí que se publicaron junto con los *Principles*.

<sup>5</sup> Se puede encontrar informar más detallada en las páginas web del *European Law Institute* (<https://www.europeanlaw-institute.eu/projects-publications/completed-projects-old/completed-projects-sync/civil-procedure/>) y de UNIDROIT (<https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules>). En doctrina, cfr. R. STÜRNER, “Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI-UNIDROIT project”, *Uniform Law Review* 19 (2014), pp. 322 y ss.; E. SILVESTRI, “Towards A European Code of Civil Procedure? Recent Initiatives for the Drafting of European Rules of Civil Procedure”, [https://www.academia.edu/18086809/Towards\\_a\\_European\\_Code\\_of\\_Civil\\_Procedure](https://www.academia.edu/18086809/Towards_a_European_Code_of_Civil_Procedure) (2015); E. SILVESTRI, “The ELI-UNIDROIT Project: A General Introduction”, en F. GASCÓN INCHAUSTI / B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 199-204; B. HESS, “Unionsrechtliche Synthese: Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im *acquis communautaire* / Schlussfolgerungen für European Principles of Civil Procedure”, en M. WELLER / C. ALTHAMMER (eds.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015, pp. 221 y ss.; C.H. VAN RHEE, “Approximation of Civil Procedural Law in the European Union”, en B. HESS / X. KRAMER (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2017, pp. 63-75; L. PETERS, “UNIDROIT. The first 90 years”, en A. CALVO CARAVACA / I. TIRADO MARTÍ (eds.), *UNIDROIT y la codificación del Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 19-55; B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, De Gruyter, Berlín, 2020, pp. 953-956.

<sup>6</sup> La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

<sup>7</sup> El Parlamento Europeo, la Comisión y el Tribunal de Justicia.

<sup>8</sup> La *Association for International Arbitration* (AIA), el *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), el *Council of the Notariats of the European Union* (CNUE), la *European Network of the Councils of the Judiciary* (ENCJ), la *International Bar Association* (IBA), la *Union Internationale des Avocats* (UIA), la *International Association of Young Lawyers* (AIJA) y la *Union internationale des huissiers de justice-International Union of Judicial Officers* (UIHJ).

<sup>9</sup> El *American Law Institute* (ALI), la *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (ASADIP), la *International Association of Procedural Law* (IAPL) y el *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law*.

plo, el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo publicó en enero de 2017 el estudio “The European Law Institute/UNIDROIT Civil Procedure project as a Soft Law Tool to Resolve Conflicts of Law”<sup>10</sup>, en el que ya se concluía la utilidad del proyecto de cara a la elaboración de una hipotética directiva europea.<sup>11</sup> Meses después, el 4 de julio de 2017 el Parlamento Europeo adoptó precisamente una resolución con recomendaciones a la Comisión en materia de normas comunes mínimas de proceso civil en la Unión Europea, que incluye una propuesta de directiva sobre normas comunes mínimas<sup>12</sup> y que alude en su preámbulo al proyecto ELI/UNIDROIT. Muy poco tiempo después de la aprobación de esta resolución –el 12 de julio de 2017–, el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo celebró una sesión pública titulada «The ELI- UNIDROIT Civil Procedure Project: State of Play and Next Steps»<sup>13</sup>.

7. Este interés del Parlamento Europeo en el proyecto no debe, sin embargo, llevar a confusión: el carácter «europeo» de las reglas debe entenderse en un sentido amplio, esto es, no restringido a la Unión Europea. Así se explica igualmente la participación en los equipos de trabajo de juristas suizos, noruegos o –de forma sobrevenida– británicos. Es cierto que la actividad normativa de la Unión Europea tiene efectos armonizadores sobre los ordenamientos procesales internos de los Estados miembros<sup>14</sup> y que, en consecuencia, la integración es mayor entre ellos. Y también lo es que, en gran medida, el proyecto se ha aprovechado del acervo comunitario en materia procesal civil: en ocasiones, las normas comunitarias han inspirado las reglas; en otros casos, su existencia justifica por qué las reglas no han abordado por sí mismas ciertas cuestiones. Pero ha de quedar claro que desde el principio se asumió un enfoque europeo amplio, que, si acaso, debería vincularse con el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ni el *European Law Institute* está vinculado de alguna forma a la Unión Europea, ni menos aún puede considerarse que lo esté UNIDROIT.

8. Concluidos los trabajos, el resultado final fue aprobado por el *Council* del *European Law Institute* el 15 de julio de 2020 y por el *Governing Council* de UNIDROIT en su 99ª sesión celebrada entre el 23 y el 25 de septiembre de 2020. Se puso con ello fin a un inmenso esfuerzo colectivo, con un enorme potencial para contribuir al desarrollo de los procesos civiles nacionales en el futuro. En relación con esto, es significativo el cambio introducido en la denominación final: *European Model Rules of Civil Procedure* (según ELI) y *ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure* (según UNIDROIT). Con el empleo del término *model* se asienta sin margen para la duda la naturaleza del producto como Código Modelo y herramienta de *soft law*. Se trata, evidentemente, de un documento académico-propositivo, no de un texto normativo-vinculante, teniendo en cuenta quién y cómo lo ha elaborado. Pero, al ofrecerse como un sistema articulado de reglas modelo, se hace obvio cuáles eran los objetivos perseguidos. Un análisis más detenido de su contenido nos puede dar la medida de su capacidad para alcanzarlos.

<sup>10</sup> Estudio PE 556/972, accesible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/556972/IPOL\\_IDA\(2017\)556972\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/556972/IPOL_IDA(2017)556972_EN.pdf)

<sup>11</sup> En concreto, se señala en la p. 14 cómo “[I]n the future, such principles may be used as a basis for an EU directive. A number of challenges will need to be addressed. Once adopted as a soft-law instrument, the ‘European Rules of Civil Procedure’ could form the basis for the development of a horizontal EU directive, codifying the fundamental principles of civil procedure which, within the realm of the ECHR and the EU Charter, can be considered as striking a fair balance between the rights and interests of both claimants and defendants.”

<sup>12</sup> 2015/2084(INL) accesible en [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/2084\(INL\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/2084(INL))). Sobre la propuesta de directiva, con más detenimiento, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, “The 2017 Directive Proposal on Common Minimum Standards of Civil Procedure in the European Union”, en F. GASCÓN INCHAUSTI / B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, cit., pp. 241-264 y V. RICHARD, “The 2017 Proposal of the European Parliament on Common Minimum Standards of Civil Procedure”, en F. GASCÓN INCHAUSTI, B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, cit., pp. 265-284.

<sup>13</sup> Cfr. <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/123343/juri-committee-hearing-eli-unidroit-programme.pdf>

<sup>14</sup> Cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, “Have the EU Regulations on Judicial Cooperation Fostered Harmonisation of National Procedures?” en F. GASCÓN INCHAUSTI, B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, cit., pp. 91-110.

## II. ¿Son las *European Rules of Civil Procedure* un código modelo?

9. Al proceder a su aprobación definitiva tanto el ELI como UNIDROIT han querido «presentar en sociedad» a las *European Rules of Civil Procedure* como una suerte de Código Procesal Modelo, en una senda análoga a la abierta hace ya varias décadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.<sup>15</sup> Me parece, sin embargo, que definir las como Código Modelo tampoco resulta suficientemente identificativo de su contenido, pues no existe una noción clara ni comúnmente aceptada de lo que un Código Modelo ha de ser. Veamos, pues, qué hay en ellas de «código» y qué de «modelo».

### 1. Las *European Rules* no pretenden ser un código

10. Si un código es un conjunto completo y sistemático de normas jurídicas que disciplinan un determinado sector de la realidad, debe asumirse desde el principio que las *European Rules of Civil Procedure* no superan este filtro en la primera vertiente (“completo”), aunque a mi juicio sí lo hacen en la segunda (“sistemático”).

11. Desde luego, el objetivo inicial de pasar de los principios –los 31 *Principles of Transnational Civil Procedure*– a reglas más concretas y precisas sí que se ha logrado: el proyecto ELI/UNIDROIT ofrece un total de 245 artículos, con sus comentarios, que en la versión provisionalmente publicada en la web de UNIDROIT ocupan más de 500 páginas (en formato espacioso y holgado, eso sí). La cifra de 245 artículos es elevada para un producto de esta envergadura, especialmente si se compara con otros equivalentes elaborados por el propio UNIDROIT y por instituciones equivalentes, como UNCITRAL. Pero es obvio que siguen siendo, al menos en apariencia, pocos preceptos para un código procesal civil al uso: téngase en cuenta que nuestra LEC vigente termina en el artículo 827, aunque tiene más, dados los *artículos bis* y similares añadidos posteriormente; con iguales añadidos, el *code de procédure civile* francés termina en el artículo 1582 –aunque es cierto que incluye el arbitraje, los medios alternativos de resolución de controversias y la jurisdicción voluntaria–; el *codice di procedura civile* italiano concluye en el artículo 840 sexiesdecies; la *Zivilprozessordnung* alemana llega hasta el párrafo 1120 –contando también con la regulación del arbitraje y el desarrollo normativo interno de los reglamentos procesales civiles de la UE–; y el más reciente *código de processo civil* portugués –por cerrar los ejemplos– alcanza la cifra de los 1139 artículos. Evidentemente, no se trata únicamente de una cuestión de cantidad ni de números, sino de contenido. Y ese es el punto en que puede decirse que las *European Rules* no son un código *completo*, pues faltan en ellas normas que disciplinen aspectos del proceso civil que cabría esperar en un código. Son varias las omisiones detectables a primera vista: la ejecución forzosa, un sistema de reglas de jurisdicción y competencia, los procesos en materia de derecho de familia y ciertos procesos especiales para lograr el cobro acelerado y/o simplificado de créditos.

12. a) En primer término, no existen propuestas en materia de *ejecución forzosa*, a pesar de que resulta imprescindible para comprender un sistema de justicia civil. La única excepción es la previsión de una admisión generalizada de la ejecución provisional, que se efectúa en sede de recursos (*rule 162*)<sup>16</sup>, pero que en realidad nada dice acerca del proceso de ejecución en sí. La razón de esta omisión es puramente pragmática: se trata de una materia demasiado compleja y con una enorme diversidad de partida entre

<sup>15</sup> Recuérdese que al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal le corresponde el mérito de haber elaborado tres códigos modelo en el ámbito procesal: el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988), el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989) y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004). Puede accederse a sus textos en el siguiente enlace: <http://www.iibdp.org/es/codigos-modelo/>

<sup>16</sup> Según la *rule 162*, las sentencias definitivas sobre el fondo serán provisionalmente ejecutivas a pesar de que hayan sido recurridas, salvo que se disponga lo contrario en casos especiales. El apelante podrá instar la suspensión de la ejecución si demuestra que la ejecución resulta «manifiestamente excesiva». En tal caso, podrá supeditarse a la constitución de una caución tanto la suspensión de la ejecución provisional como su prosecución –variando, en consecuencia, la parte que habrá de cargar con la caución.

las diversas tradiciones procesales nacionales; su incorporación a las *European Rules* habría comportado un retraso excesivo en la elaboración del proyecto y, posiblemente, habría resultado muy improbable alcanzar un nivel de detalle en la propuesta de regulación equivalente al que se ha logrado en general.

13. b) Tampoco se han incluido *normas de jurisdicción y competencia*. La previa existencia del sistema de competencia internacional uniforme establecido por el Reglamento Bruselas I bis hacía ocioso duplicar esfuerzos: en los Estados miembros de la UE estas reglas están vigentes; y respecto de los demás cumplen por sí mismas el papel de reglas modelo. Descender al terreno de las normas de jurisdicción por razón de la materia y de competencia objetiva, en cambio, habría sido inviable sin entrar en el terreno de la organización judicial, algo que superaría en exceso el ámbito del proyecto: puede ser razonable efectuar propuestas acerca de la mejor forma de organizar un sistema interno de tribunales de justicia, pero probablemente habría que hacerlo también desde el plano de la gobernanza y de la gestión pública, y no solo desde el ámbito estrictamente procesal. En cuanto a las normas de competencia territorial, su omisión se explica por los dos factores anteriores: muchas de las reglas de competencia internacional del RB I bis funcionan también como normas de competencia territorial interna; y, en todo caso, la distribución de asuntos entre los tribunales se encuentra fuertemente condicionada por la organización judicial interna.

14. c) La existencia de un *acquis communautaire* explica también que las *European Rules* no cuenten con un proceso monitorio ni con un proceso especial para los asuntos de escasa cuantía. El proceso monitorio europeo del Reglamento 1896/2006 es ya una realidad común para los Estados miembros de la UE y sirve como modelo para los que no lo son. Y lo mismo cabe decir del proceso europeo de escasa cuantía establecido en el Reglamento 861/2007. No habría tenido sentido que las *European Rules* se solaparan con normas ya existentes y vinculantes, que cabe suponer el resultado de un esfuerzo normativo equivalente al que subyace a aquellas.

Este solapamiento, de forma tal vez inesperada, sí que se ha producido en relación con los litigios colectivos, a los que se dedican con bastante detenimiento las *rules* 204 a 238. Cuando se decidió extender el proyecto a este tipo de procesos el acervo comunitario sobre esta materia lo integraban únicamente la Directiva sobre acciones de cesación de 2009<sup>17</sup> y la Recomendación de la Comisión de 2013<sup>18</sup>; la posibilidad de que llegara a aprobarse una directiva de alcance más general, que abarcara también las acciones colectivas resarcitorias, era aún incierta. Las *European Rules*, sin embargo, se han aprobado apenas un par de meses antes que la Directiva sobre acciones de representación de 2020,<sup>19</sup> en la que se ha plasmado el consenso posible de los Estados miembros sobre la materia<sup>20</sup>. Ocurre, de todos modos, que la Directiva apenas si ofrece indicaciones o pautas en materia procedimental –se centra primordialmente en la legitimación y en la accionabilidad colectiva–: las *European Rules*, por ello, conservan todo el valor como modelo para una posible implementación a nivel interno de los nuevos estándares europeos.

15. d) Finalmente, ha sido decisión deliberada excluir del proyecto cualquier regulación específica de los procesos en materia de derecho de familia.<sup>21</sup> De nuevo han sido razones pragmáticas las que justifican esta exclusión: de un lado, la estrecha vinculación con un derecho material muy poco armoni-

<sup>17</sup> Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada) (DO L 110, 1.5.2009).

<sup>18</sup> Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DO L 201, 26.7.2013).

<sup>19</sup> Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/EC (DO L 409, 4.12.2020).

<sup>20</sup> Para un primer análisis, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020) Vol. 12, Nº 2, pp. 1290-1323.

<sup>21</sup> De hecho, no solo el Derecho de familia se deja fuera del ámbito de las *European Rules*. La *rule* 1, que define su ámbito de aplicación, opta por ceñirlo a litigios civiles y mercantiles, con exclusión del estado y capacidad de las personas, los regímenes económicos matrimoniales –o situaciones asimiladas–, la insolvencia, la seguridad social, el arbitraje, los alimentos y las sucesiones y testamentos.

zado; de otro, una vigencia diluida de los principios jurídico-técnicos clásicos del proceso civil –dispositivo y aportación de parte–, que habría obligado a recargar el texto de duplicidades, de excepciones y de reglas singulares, en perjuicio de la claridad y de la visibilidad del modelo mismo.

16. Al margen de las omisiones, las *European Rules* tampoco podrían considerarse como un auténtico código debido a su clara ausencia de detalle normativo. No cabe esperar en su articulado una regulación suficiente como para adecuar a ella de forma directa la tramitación de un proceso judicial: respecto de muchos aspectos y cuestiones se ofrecen soluciones y respuestas a cuestiones procesales complejas, pero no preceptos que las desarrollen o articulen procedimentalmente. Así, por ejemplo, en materia de partes, la *rule 32* señala que el tribunal puede requerir en cualquier momento, a quien actúe en el proceso como representante de otro, que acredite su representación; y la *rule 33* atribuye al tribunal la potestad de comprobar de oficio la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de cualquier litigante. Pero no se establece cauce procedimental para activar dichas potestades, ni el modo concreto en que la parte y la contraparte podrán presentar alegaciones, o el tipo de resolución que habrá de dictar el tribunal si considera que concurre alguno de los defectos procesales en cuestión.

17. Este esquema regulatorio genérico es una constante de las *European Rules*. Y es que una eventual aceptación de las *Rules* requerirá en todo caso de una suerte de transposición, similar a la que reclaman las directivas europeas, pensada precisamente para adaptarlas al concreto ecosistema judicial y procesal del país que las quiera usar de guía o modelo.

## 2. Las *European Rules of Civil Procedure* sí ofrecen un modelo

18. Ahora bien, aunque no sean –ni pretendan ser– un genuino código, las *European Rules* sí que son un auténtico modelo, cerrado y sistemático, de proceso civil de declaración y, en alguna medida, de «parte general» o «teoría general» del proceso civil. En el epígrafe siguiente se desgranarán sus elementos más característicos, pero es importante incidir ahora en dos extremos.

### A) El método y el enfoque seguidos para la elaboración de las *European Rules*

19. Como ya se ha apuntado antes, UNIDROIT y ELI han dejado claro, al modificar su denominación en el trámite final de su aprobación, que ofrecen con las *European Rules* un modelo de proceso civil, que pueda ser utilizado (i) por los legisladores nacionales a la hora de abordar reformas de sus sistemas internos y (ii) por el legislador europeo, para el caso de que decida afrontar una armonización de los procesos civiles nacionales<sup>22</sup>. Y se atreven estas entidades a ofrecer estas reglas como modelo teniendo en cuenta el enfoque que se ha seguido para su elaboración: sobre la base de unos trabajos comparados, que han tenido en cuenta los ordenamientos nacionales, la normativa europea ya existente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha querido presentar la mejor solución a las diversas cuestiones problemáticas a que se enfrenta cualquier legislador a la hora de diseñar un proceso civil justo y eficiente (lo que, en terminología inglesa, se conoce como *best practice* o *best rule approach*)<sup>23</sup>.

20. En efecto, aspirar a ofrecer reglas modelo o *best rules* supone asumir que un mismo problema puede afrontarse de maneras diversas y requiere determinar cuál es preferible, tanto desde un punto de vista de funcionamiento interno, como también de cara a una posible armonización futura.

<sup>22</sup> Sobre esto, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

<sup>23</sup> Cfr. G. CUNIBERTI, “The Promotion of Best Practices in European Civil Procedure: Some Initial Remarks”, en B. HESS / X. KRAMER (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, cit., pp. 439-450.

21. Este análisis únicamente es posible a partir de una investigación comparada, que permita identificar no solo las diversas opciones seguidas a nivel interno, sino también su rendimiento práctico, su efectividad real. Es necesario, asimismo, precisar si el buen funcionamiento de ciertos sistemas nacionales de justicia civil obedece primordialmente a sus reglas procesales o si es simplemente lo esperable en un contexto general de buena gobernanza y buena gestión de lo público, posiblemente asociada a una adecuada financiación y a una adecuada conciencia de su relevancia político-social. Por otro lado, tampoco puede ignorarse que, en no pocas ocasiones, las mejores soluciones se ven abocadas al fracaso o a resultados mediocres debido al mal funcionamiento del sistema, cuya mejora no se aborda de forma integral: en un entorno adecuado, sin duda, podrían producir un rendimiento mucho mayor. En definitiva, las mejores soluciones se detectan a partir del estudio y del análisis comparado acerca de la eficacia y el rendimiento práctico de las posibles soluciones en liza.

22. Puede imaginarse fácilmente que este enfoque ha complicado en parte el desarrollo del proyecto, pues no siempre resulta sencillo reconocer como «mejor» una solución normativa que no es la propia —especialmente para aquellos ordenamientos que ya han reformado o reformulado sus sistemas de justicia civil en fechas recientes. Y es que ofrecer reglas modelo o *best rules* siempre puede tener un efecto disruptivo en aquellos sistemas procesales cuyas normas y prácticas habituales difieran de las propuestas en las *European Rules*. Cabe pensar, al menos, en dos riesgos.

23. De un lado, por supuesto, hay que contar con la posibilidad de que los «lectores» de ciertos ordenamientos se sientan en alguna medida «ofendidos» o «ninguneados» por las elecciones efectuadas. Se trata de un riesgo inevitable, pero tiene fácil remedio: si un legislador nacional considera que su sistema funciona adecuadamente, le ha de bastar con mantenerlo y no seguir el modelo que le ofrecen las *European Rules*.

24. También puede suceder que ciertas opciones se consideren incompatibles con la «cultura procesal» de un determinado país, con su arquitectura procesal y judicial, incluso desde un punto de vista constitucional. La solución, sin embargo, vuelve a ser la misma: estamos ante un instrumento de *soft law*.

Un claro ejemplo lo ofrece el sistema de recursos frente a la sentencia dictada en segunda instancia: optar, como se hace, por limitar la recurribilidad de estas resoluciones se considera preferible (*rule 172*),<sup>24</sup> aunque posiblemente desde una perspectiva italiana resulte inasumible, dado el rango constitucional en ese país del acceso a la *Corte di Cassazione*, según el artículo 111 de su Constitución. En otros casos, los equilibrios son posibles: así, frente a una admisión amplia del recurso de apelación frente a sentencias dictadas en primera instancia [*rule 166(1)(a)*], propia de los sistemas continentales, se da cabida también a la posibilidad de una *permission to appeal*, más conforme con la tradición de los sistemas de *common law* [*rule 166(1)(b)* y (2)].

25. El enfoque seguido para elaborarlas, así como su naturaleza de herramienta de *soft-law* se convierten así en factores clave a la hora de permitir que las *European Rules of Civil Procedure* desempeñen de manera efectiva el papel de guía y modelo que se han propuesto cumplir.

## **B) Las *European Rules of Civil Procedure* están diseñadas de manera sistemática**

26. En tanto que normas modelo, es claro que sus destinatarios pueden hacer de ellas el uso que consideren oportuno. Podrían, por ello, asumir solo una parte o soluciones aisladas, en una suerte de *cherry picking*: como se ha apuntado antes, puede utilizarse el modelo de procesos colectivos de la

<sup>24</sup> Según la *rule 172*, solo cabe recurrir una sentencia dictada tras un recurso de apelación si el recurso se considera necesario para (a) reaccionar frente a la vulneración de un derecho fundamental, (b) asegurar una aplicación uniforme de la ley, (c) resolver una cuestión fundamental que no se limite al caso en cuestión o (d) desarrollar el ordenamiento.

Parte XI de las *Rules*; o pueden trasplantarse los mecanismos de notificaciones de la Parte VI; o el sistema de medidas provisionales y cautelares de la Parte X –por poner ejemplos de sectores aparentemente completos y cerrados sobre sí mismos–. Se trataría de una opción legítima, sobre todo cuando, como se ha visto, los legisladores nacionales pueden seguir considerando que su solución propia –diversa a la de las *European Rules*– funciona mejor, al menos en su «ecosistema procesal interno». Pero este potencial uso parcial y fragmentario de las *European Rules* no puede empañar su carácter sistemático y su coherencia interna.

**27.** En efecto, las *European Rules* representan un modelo completo de proceso civil declarativo, cuyas piezas están interrelacionadas y pensadas para funcionar como un todo: el sistema alegatorio y probatorio está previsto para funcionar en una dinámica procedimental como la diseñada, asumiendo los roles y poderes recíprocos de jueces y partes, la gestión activa del procedimiento y una vigencia del principio dispositivo matizado por el principio de cooperación (*rules* 2 a 8). Las diversas reglas, por tanto, solo se entienden adecuadamente dentro de su propio sistema. Y, en consecuencia, las soluciones que en ellas se ofrecen solo pueden considerarse como las mejores y como modelos porque están pensadas para operar en ese conjunto sistemático que conforman como un todo.

**28.** Esto explica, igualmente, que en algunos aspectos las propias *European Rules* ofrezcan alternativas o soluciones que puedan encadenarse de forma subsidiaria. Las reglas sobre notificación, por ejemplo, permiten adoptar enfoques distintos en función del sistema de partida vigente en cada país y, en concreto, en función de si existen *huissiers de justice* o profesionales similares encargados de la práctica de los actos de comunicación a petición de las partes interesadas o si, por el contrario, estas labores siguen en manos de los tribunales.<sup>25</sup> En materia probatoria, por seguir con los ejemplos, también suscitó controversia la extensión de los poderes del tribunal y, en concreto, la posibilidad de que se acordara de oficio la práctica de pruebas no propuestas por las partes.<sup>26</sup> Las soluciones en el plano comparado son divergentes en función del país y una solución neutra y eficaz tampoco era factible, dada la diferente forma de entender el principio dispositivo y el de aportación de parte en relación con este punto concreto. Como «solución de compromiso» se ofrece una regla general –la proposición probatoria compete a las partes [*rules* 25 (1) y 92(1)]–, que admite dos modulaciones: en primer término, la facultad del tribunal de sugerir a las partes que completen su proposición probatoria [*rules* 25(3) y 92(2)]; y, de forma más excepcional, la potestad del tribunal de acordar de oficio la práctica de algún medio probatorio no pedido por ninguna parte [*rules* 25(3) y 92(3)].

**29.** Por otro lado, hay que insistir en que las *European Rules of Civil Procedure* contienen un modelo de proceso civil en sentido estricto: no es, en otros términos, una propuesta de proceso civil transfronterizo, como lo eran los *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* de 2004; tampoco se ha tratado de proponer una suerte de proceso modelo europeo para asuntos transfronterizos, a modo de eventual generalización de la idea que subyace a la existencia del proceso monitorio europeo o del proceso europeo de escasa cuantía. El objetivo es diverso: mejorar la eficiencia de los sistemas de justicia civil nacionales, como base para un mejor funcionamiento del sistema económico y social.<sup>27</sup> Eso explica que, en determinadas partes de las *European Rules*, además de reglas pensadas como ordinarias, se hayan incluido

<sup>25</sup> El mejor ejemplo es la *rule* 71, dedicada a definir a quién corresponde la responsabilidad en la práctica de los actos de comunicación y que comienza con la siguiente alternativa: “La responsabilidad en la práctica de los actos de comunicación corresponde al tribunal / a las partes”. Esta disyuntiva se mantiene a lo largo de la regulación, de modo que, en función de la opción seguida en cada país, se escojan como modelo unas reglas u otras.

<sup>26</sup> En general, sobre las dificultades de llegar a soluciones de consenso en materia de prueba, cfr. N. TROCKER, “From ALI-UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014, pp. 239-291.

<sup>27</sup> Este peso de la eficiencia en el diseño procedimental también es subrayado, entre otros, por A. UZELAC, “Harmonised Civil Procedure in a World of Structural Divergences? Lessons Learned from the CEPEJ Evaluations”, en X.E. KRAMER / C.H. VAN RHEE (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, cit., pp. 175-205, y por X. KRAMER, “The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI-UNIDROIT European rules of civil procedure”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014, pp. 218-238.

reglas especiales para asuntos transfronterizos (así sucede en materia de partes, de notificaciones, de obtención de prueba en el extranjero, de medidas cautelares y de procesos colectivos). Lo transfronterizo, por tanto, es secundario, porque lo primordial es la regulación de base de cualquier tipo de proceso declarativo.

### III. El modelo procesal civil que proponen las *European Rules of Civil Procedure*

30. Las *European Rules of Civil Procedure* están integradas por 245 preceptos, divididos en doce partes: I. Disposiciones generales (*rules* 1 a 28); II. Partes (*rules* 29 a 46); III. Gestión del procedimiento (*rules* 47 a 50); IV. Comienzo del proceso (*rules* 51 a 60); V. Desarrollo del proceso hasta el juicio (*rules* 61 a 67); VI. Primera notificación y comunicaciones procesales (*rules* 68 a 86); VII. Acceso a información y prueba (*rules* 87 a 129); VIII. Sentencia, cosa juzgada y litispendencia (*rules* 130 a 152); IX. Medios de impugnación (*rules* 153 a 183); X. Medidas cautelares y provisionales (*rules* 184 a 203); XI. Procesos colectivos (*rules* 204 a 238); XII. Costas (*rules* 239 a 245).

31. No resulta posible en esta sede entrar en un análisis detallado de todas las reglas propuestas, pero sí que se puede esbozar cuáles son las piezas básicas del modelo procesal civil que se ha considerado como preferible, para que el lector se pueda formar una idea de las grandes decisiones de política legislativa sobre las que se asientan.

#### 1. Un modelo de proceso civil flexible, basado en las nociones de cooperación, de proporcionalidad y de gestión activa del procedimiento

32. Las *European Rules* no aspiran a promover una revolución del proceso civil tal y como lo conocemos: no se aspira a su socialización, a su privatización, a su desjudicialización o a su contractualización a ultranza, por poner ejemplos de tendencias que están o han estado en boga. Pero tampoco se pretende un mantenimiento de un modelo anclado sin más en las claves sentadas por Franz Klein a finales del siglo XIX, sino que se asumen aquellos hitos en la evolución comparada que han comportado cambios a mejor, entre los que cabe mencionar ahora los siguientes: (i) la consagración en el código de los principios básicos del proceso, con la cooperación como eje central, que se hizo bien visible en el *nouveau code procédure civile* francés y sus *principes directeurs du procès*; (ii) la noción de gestión activa del procedimiento (*case management*), que se consagró como *trending topic* con la reforma Woolf y las nuevas *Civil Procedure Rules* inglesas; (iii) la vocación hacia la eficacia, la proporcionalidad y el reforzamiento del valor de la primera instancia, que caracterizó la reconstrucción de nuestro proceso civil con la LEC de 2000 y que ha guiado reformas nacionales posteriores en muchos otros países; o (iv) un sistema de recursos más racional, que conciba la apelación como una revisión de la primera instancia, más que como una segunda primera instancia, al que se adhirió a finales del siglo pasado el ordenamiento alemán y que ha sido la tendencia en códigos y reformas posteriores.

33. Partiendo, pues, de un proceso civil regido por los principios dispositivo y de aportación de parte (v.g., *rules* 21 y 23 y 24, 56), que reflejan el principio de autonomía de la voluntad de las partes, se apuesta por promover un enfoque más cooperativo, especialmente en la gestión procedimental y en la búsqueda de soluciones consensuadas a la controversia<sup>28</sup>. Resulta especialmente simbólico que las tres primeras reglas –una vez sentado el ámbito de actuación de las *European Rules*– se dediquen a plasmar el principio de cooperación: es deber de las partes, de sus abogados y del tribunal cooperar para promover una solución de la controversia justa, eficiente y lo más rápida posible (*rule* 2). Este deber de coope-

<sup>28</sup> Cfr. A. UZELAC, “Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations”, *Hungarian Journal of Legal Studies*, Vol. 58-1, 2017, pp. 3-18.; C.H. VAN RHEE, “Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation”, *International Journal of Procedural Law*, 2018-1, pp. 65-84; C.H. VAN RHEE, “Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers”, *Access to Justice in Eastern Europe*, 2020-1, pp. 6-33.

ración, en cuanto incumbe a las partes y a sus abogados, se traduce en la necesidad de realizar intentos razonables de resolver el litigio de forma consensual, de contribuir al correcto desarrollo procedimental, de aportar hechos y pruebas, de contribuir a la determinación de los hechos y de las normas aplicables por parte del tribunal, así como a actuar conforme a la buena fe, evitando cualquier abuso procesal en sus relaciones con el tribunal y las demás partes (*rule 3*). Del lado del tribunal, el principio de cooperación le arroja el deber genérico de asumir una gestión activa y eficaz del procedimiento, siempre respetando el principio de igualdad y supervisando que las partes y sus abogados cumplan las reglas del juego (*rule 4*).

**34.** De esta noción de cooperación se pueden deducir, a su vez, tres tendencias que convergen a la hora de inspirar y explicar el modelo de las *European Rules*: flexibilidad procedimental y promoción de la solución consensual del litigio, a las que hay que sumar la noción de proporcionalidad, como criterio transversal inspirador de buena parte de las opciones.

### A) Flexibilidad procedimental

**35.** De un lado, caracteriza a las *European Rules of Civil Procedure* una gran dosis de flexibilidad en lo procedimental.<sup>29</sup> Esta flexibilidad se halla estrechamente vinculada con la gestión activa de los litigios (el tan traído y llevado *case management*)<sup>30</sup>, cuyo núcleo esencial se concentra en las *rules 47 a 50*, que otorga un papel central al tribunal a la hora de promover, cuando sea necesaria, la adaptación del procedimiento a las exigencias del caso –en consonancia con la también omnipresente noción de proporcionalidad–. La *rule 49*, que condensa buena parte de las potestades del tribunal, es claramente expresiva de lo heterogéneas que pueden ser sus manifestaciones: invitar a las partes a resolver por sí mismas el litigio o parte del litigio, sirviéndose, cuando sea oportuno, de métodos alternativos de resolución de controversias; programar audiencias adicionales para resolver cuestiones procesales y/o incidentales; determinar el cauce procedimental más adecuado al caso; fijar un calendario procesal con los plazos para las diversas actuaciones de las partes; limitar en número y/o extensión los escritos de las partes; establecer el orden en que deben enjuiciarse determinadas cuestiones y, en su caso, decidir si procede acumular o separar procesos; programar audiencias *ad hoc* para resolver de modo preliminar acerca de cuestiones relativas a la jurisdicción, a medidas cautelares o provisionales o incluso sobre la prescripción o caducidad de las acciones; resolver acerca de los cambios necesarios para una adecuada defensa de las partes, las consecuencias sobre el procedimiento de un cambio de partes o de la intervención de terceros u otros sujetos; resolver acerca de posibles cambios en las alegaciones o las proposiciones probatorias de las partes, a resultas de las pretensiones formuladas de contrario; exigir la presencia en una audiencia de cualquier parte, sea en persona o a través de un representante que tenga debido conocimiento del asunto; abordar la disponibilidad, admisibilidad, forma, exhibición e intercambio de pruebas y, si resulta adecuado en función del momento, pronunciarse sobre la admisión de la prueba y ordenar la práctica probatoria. Se trata, para nuestra mentalidad, de una suerte de *totum revolutum*, que mezcla potestades que, en buena parte de los códigos procesales hoy vigentes, estarían dispersas a lo largo de su articulado. De hecho, también lo están en las propias *European Rules*, que no tiene reparos en resultar hasta cierto punto reiterativa (de modo que, v.g., las normas sobre gestión de la actividad probatoria, enunciadas en sede de *case management*, reaparecen –con mayor extensión– en la Parte VII, dedicada a la prueba).

**36.** Pero dedicar específicamente al *case management* una parte de las *European Rules* es claramente revelador de la importancia que se le quiere atribuir y, sobre todo, de la importancia que se atribu-

<sup>29</sup> Recuérdese que la apuesta por la flexibilidad ya impregnaba la Recomendación nº R (84) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europea acerca de los Principios del proceso civil diseñados para mejorar el funcionamiento de la Justicia, adoptada el 28 de febrero de 1984.

<sup>30</sup> C.H. VAN RHEE, “The development of civil procedural law in twentieth-century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency”, *Russian Yearbook on Civil Procedure & Arbitration*, 7-8, 2011, pp. 82-95; A. CABRAL, “New Trends and Perspectives on Case Management”, *International Journal of Procedural Law*, 2018-1, pp. 10-36.

ye al tribunal como impulsor de la flexibilidad y de la adaptación procedimentales: se deja claro así que un buen funcionamiento del proceso requiere una fuerte implicación del órgano jurisdiccional, más allá de las partes –algo obvio–, pero también más allá de la vigencia general de las reglas procedimentales ordinarias, con renuncia al dogma de su carácter imperativo. Tampoco se trata –y es importante subrayarlo– de sostener que cada litigio necesite su propio programa singular, pues la gestión sería entonces imposible: las *European Rules* sí que contienen el diseño de un plan procedimental ordinario, con sus hitos predeterminados y sus plazos. Pero aspiran a escapar de la rigidez procedimental, que puede ser inadecuada para casos complejos o para casos que, por cualquier otro motivo, necesitan un tratamiento singularizado en algún aspecto.

**37.** Esta flexibilidad, de hecho, no se deriva únicamente de la noción de *case management* de las *rules* 47 a 50, sino que se desprende de todo el texto. El ejemplo más claro, qué duda cabe, lo ofrecen los plazos: aunque estén predeterminados, las *European Rules* admiten con frecuencia extensiones, que concederá el tribunal a petición de alguna parte que aduzca un motivo válido. Así, por ejemplo, el plazo para contestar a la demanda será, de ordinario, de 30 días desde la primera notificación; sin embargo, cuando resulte oportuno, el tribunal estará facultado para acordar una extensión (cuya duración máxima no se establece) [rule 54(1)]. De forma parcialmente diversa, la *rule* 159(1) señala que la parte apelada habrá de presentar su escrito de respuesta al recurso en un plazo de dos meses, a no ser que el tribunal acuerde otra cosa: aquí, por tanto, cabe entender que también puede haber margen para una reducción del plazo (v.g., en asuntos de escasa envergadura o complejidad).

**38.** Al margen de la cuestión específica de los plazos, se advierten muestras claras de flexibilidad a lo largo del articulado de las *European Rules*. Un claro ejemplo se halla en la *rule* 51(3)(a), que establece el deber inicial de las partes, antes incluso de que comience formalmente el proceso, de tratar de evitarlo y, en su defecto, de cooperar en lograr un desarrollo proporcionado del procedimiento: en ese contexto, se permite que las partes elaboren un posible calendario de desarrollo del procedimiento (*a possible timetable for proceedings*), algo que abre la puerta a una definición por las partes de los tiempos del procedimiento. Y es que el consenso de las partes es, junto al deber general del juez de velar por la eficiencia y la proporcionalidad, una fuente adicional de flexibilización del proceso: según la *rule* 50(1), de hecho, si las partes están de acuerdo en el contenido de alguna medida de gestión del procedimiento (*case management measure*), el tribunal debe acordarla, salvo que exista una razón fundada para no hacerlo.

## **B) Fomento de la solución consensual de la controversia**

**39.** El principio de cooperación lleva también aparejado el fomento de la solución consensual del litigio, siguiendo una tendencia de asociar proceso judicial y ADR que parece inevitable<sup>31</sup> y que, debidamente gestionada, puede resultar muy beneficiosa. Las *European Rules* no abordan la regulación de

---

<sup>31</sup> Una combinación similar entre gestión flexible del proceso y promoción de la solución consensual se advierte también en los trabajos del Parlamento Europeo para introducir un nuevo «proceso europeo» para la resolución acelerada de litigios mercantiles (cfr. T. EVAS, *Expedited settlement of commercial disputes in the European Union European*, Added Value Assessment, European Parliamentary Research Service, 2018, accesible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627120/EPRS\\_STU\(2018\)627120\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627120/EPRS_STU(2018)627120_EN.pdf)) que han cristalizado en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la resolución acelerada de litigios mercantiles [2018/2079(INL)], accesible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0519\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0519_ES.html). El «proceso civil acelerado europeo» sería un instrumento que, *mutatis mutandis*, jugaría para los litigios comerciales de envergadura un rol similar al que cumple el proceso europeo de escasa cuantía en su ámbito: sería un proceso voluntario y limitado a la resolución de litigios mercantiles de carácter transfronterizo, llamado a competir con los cauces procesales previstos en cada Estado miembro por el legislador nacional. Y, entre los rasgos que habrían de definirlo, se encuentran la exigencia a las partes de que preparen sus demandas minuciosamente antes de acudir a los órganos jurisdiccionales, en combinación con una preclusión temprana de la posibilidad de presentar nuevos hechos o nuevas pruebas ante el órgano jurisdiccional, así como el fomento de la resolución judicial y extrajudicial amistosa.

los mecanismos de ADR, pero tampoco son ajenas a su existencia y a su interrelación con los sistemas de justicia civil.

40. De un lado, el principio de solución consensual del litigio se eleva a la categoría de principio general del proceso (*rules 9 y 10*), con implicaciones tanto para las partes como para el tribunal. Sobre las partes recae el deber de cooperar en la búsqueda de una solución consensual, sea total o parcial, tanto antes como durante el desarrollo del proceso [*rule 9(1) y (4)*]. Los abogados, asimismo, tienen el deber de informar a las partes acerca de los diversos métodos de ADR a su alcance –aunque ello pueda suponer que sus servicios dejen de ser necesarios– [*rule 9(2)*]. En cuanto al tribunal, su rol es igualmente significativo [*rule (10)*]: debe facilitar y, en su caso, fomentar los acuerdos; a tal fin, puede informar a las partes acerca de los métodos a su alcance para llegar a un acuerdo, puede recomendarles el uso de un método específico e incluso puede implicarse directamente para que las partes lleguen a un acuerdo; también le compete homologar o certificar un acuerdo alcanzado por las partes, tanto antes del proceso como durante su pendencia, que lo haga plenamente eficaz y ejecutivo (*rule 141*).

41. Las *European Rules* no llegan a prever como obligatorio un intento –fallido– de solución consensual del litigio como condición para la interposición de una demanda<sup>32</sup>. Sin embargo, la *rule 51* sí que establece, bajo la rúbrica de “*Pre-commencement procedural duties*”, el deber de las partes de promover una solución consensual de la controversia y, en su defecto, un desarrollo eficaz del proceso.

42. Una manifestación adicional, que también lo es de la flexibilidad procedimental antes aludida, se advierte en las *rules 57 a 60*, que incorporan un mecanismo novedoso, la llamada “petición conjunta de proceso consensual”<sup>33</sup>, en virtud del cual las partes, de común acuerdo, pueden formular una solicitud, vinculante para el tribunal, acerca del modo en que ha de desarrollarse el proceso: las partes describen en la petición inicial sus pretensiones y defensas, los extremos sobre los que se proyectan sus discrepancias y que han de ser resueltos por el tribunal, la concreta tutela que solicitan, así como los medios de prueba a su disposición para sostener sus alegaciones fácticas. Esta petición, de hecho, puede acompañarse de acuerdos de índole procesal, en aquellas materias sujetas a la disposición de las partes (como la competencia territorial del tribunal, la adopción de medidas provisionales o la publicidad de las audiencias). Que las partes sean capaces de llegar a formular una petición conjunta de proceso consensual obedecerá, con toda probabilidad, al desarrollo eficaz por su parte de actuaciones destinadas a lograr una solución pactada; aunque el resultado no haya sido pleno, las partes pueden con esta fórmula “ahorrarse” las etapas iniciales del proceso y colocar directamente al juez a las puertas de la fase decisoria.

### C) Proporcionalidad

43. La proporcionalidad, vinculada a la noción de eficiencia, es una suerte de ingrediente de base del diseño procesal que efectúan las *European Rules*. Las *rules 6 y 7* le otorgan también el rango de principio rector del proceso y arrojan sobre el tribunal, las partes y sus abogados el deber de procurarla. Obviamente, la proporcionalidad, en sí misma, es tan inobjetable como difícil de definir: la *rule 5(2)* se esfuerza por ofrecerle al tribunal algunos parámetros con los que calibrar en concreto cuál pueda ser la solución proporcional, aludiendo a la naturaleza, importancia y complejidad del caso concreto, en un contexto en que el tribunal debe velar, en general, por la buena administración de justicia. Con ello, en el fondo, se está reconociendo que la proporcionalidad puede acabar siendo un argumento en el que sostener decisiones, en lo procesal, que resulten aparentemente limitativas de los derechos de una de las partes, por considerar prevalente la posición de la contraria.

<sup>32</sup> Algo previsto en diversos ordenamientos nacionales, al menos para litigios en determinadas materias y que, de hecho, puede acabar incorporándose al nuestro si se convierte en norma vigente el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado el 15 de diciembre por el Consejo de Ministros.

<sup>33</sup> Se trata de la *joint application for party agreed proceedings*, inspirada en la *procédure par requête conjointe* del derecho francés.

El principio de proporcionalidad, por ejemplo, podría servir, bajo determinadas circunstancias, para justificar el rechazo a practicar una prueba si resultara excesivamente costosa o demorase demasiado el curso del proceso<sup>34</sup>. De hecho, en sede de medidas de acceso a fuentes de prueba, la *rule* 102(1)(c) condiciona su concesión, entre otros extremos, a la exigencia de que la naturaleza y cantidad de las pruebas objeto de la petición resulte razonable y proporcionada, teniendo en cuenta los intereses legítimos de todas las partes y de terceros.

44. Las *rules* 7 y 8 extienden la noción de proporcionalidad al terreno de las costas y de las sanciones procesales; en estos contextos, en cambio, la proporcionalidad no se presenta como criterio que justifique la adopción de una decisión difícil, sino más bien como sinónimo de moderación y de mera prohibición de exceso.

## 2. Una dinámica procedimental clásica

45. La estructura procedimental diseñada no es excesivamente detallada, porque en este punto más que en ningún otro se hace visible el carácter de las *European Rules* como herramienta de *soft law*. Se trata, por otra parte, de una estructura poco sorprendente, que responde a la lógica ordinaria que mejor sirve al objetivo de colocar al tribunal en la mejor posición de dictar la mejor sentencia posible: se encadenan alegaciones iniciales escritas de las partes, actividad preparatoria del juicio y celebración del juicio para la práctica de pruebas.

### A) Primera instancia

46. La fase inicial de alegaciones ha de desarrollarse por escrito (*rule* 18), a través de unos escritos de demanda (*rules* 52 y 53) y de contestación a la demanda (*rule* 54) a los que se exige un elevado nivel de exhaustividad y de precisión en la determinación de hechos y de pretensiones, así como en la identificación y en la aportación de pruebas preconstituídas. Se apuesta, en este sentido, por una exigencia de concentración de alegaciones y pretensiones, que lleva aparejada, en caso de incumplimiento, una preclusión sobre eventuales procesos ulteriores (*rule* 22).<sup>35</sup> Se abre, no obstante, un portillo razonable para la formulación de modificaciones en pretensiones y defensas, siempre que se encuentren justificadas y no alteren el equilibrio procesal (*rule* 55: cabe pensar, singularmente, en adaptarse a los cambios de circunstancias sobrevenidos durante la pendencia del proceso).

47. A los escritos iniciales de alegación ha de seguir una actividad preparatoria del enjuiciamiento sobre el fondo, que ha de pivotar sobre la base, al menos, de una audiencia preliminar (*rules* 61 y 62), aunque nada impide que sean varias, si así lo aconseja la mejor gestión del procedimiento. El objetivo de esta(s) audiencia(s) es solventar posibles cuestiones procesales, tratar de llegar a una solución consensuada y, sobre todo, preparar adecuadamente la ulterior actividad probatoria.

48. Una vez que el tribunal considere que el asunto está “maduro” para su enjuiciamiento –es decir, que ha sido adecuadamente preparado– convocará a las partes para la celebración del juicio (*rule* 64), en el que se practicarán las pruebas que no se hayan efectuado con anterioridad y se formularán las conclusiones finales de las partes. Las *European Rules* apuestan por la oralidad, la inmediatez y la concentración en la práctica probatoria (*rules* 64 y 97), aunque sin caer en un dogmatismo excesivo. Así, por ejemplo, se hacen concesiones a la recepción de testimonios escritos<sup>36</sup> [*rules* 18(3), 115 y 117]

<sup>34</sup> En el contexto actual de dificultad económica y austeridad pública, se torna inevitable vincular proporcionalidad y eficiencia: entre los criterios relevantes para medir la proporcionalidad de una decisión deben tenerse en cuenta el factor coste y el factor tiempo.

<sup>35</sup> Al lector español le resultará familiar, debido a su semejanza con el art. 400 LEC.

<sup>36</sup> Se prevén, en concreto, dos excepciones. De un lado, en virtud de la *rule* 115(1), el tribunal puede acordar, si así lo piden

y a cierto nivel de dispersión en la práctica de pruebas: en este último sentido, se acaba de apuntar cómo la *rule* 64(4) recuerda que en el juicio se practicarán aquellas pruebas no efectuadas hasta entonces, al tiempo que las normas sobre *case management* también permiten actos de genuina práctica probatoria en la fase intermedia del proceso (cfr. *rules* 49(11)(b), 62(2) y 63(1)]<sup>37</sup>.

**49.** No puede decirse, en definitiva, que la dinámica procedimental se adhiera de manera rígida al modelo germánico, que busca concentrar la actividad probatoria en una audiencia final (nuestro “juicio”): esa es la tendencia y es bien evidente; pero no llega a imponerse como modelo ineludible, posiblemente para evitar las reticencias de aquellos ordenamientos más apegados a la tradición francesa, en que la oralidad en la práctica probatoria tiene un valor más limitado y en los que la audiencia final tiene como objetivo primordial la formulación de conclusiones jurídicas.

**50.** En lo que sí que se aprecia la preferencia por uno de los modelos actualmente vigentes es en materia de rebeldía (*rules* 135 a 140). Frente a ordenamientos como el español o el italiano, que asocian a la rebeldía el valor de una oposición a la demanda, se ha optado por permitir que, a instancias del actor, se pueda emitir directamente una sentencia estimatoria de la demanda –siempre que lo pretendido sea conforme con el relato fáctico-jurídico ofrecido en ella–: se ha seguido con ello la praxis vigente en buena parte de los ordenamientos europeos, con el alemán y el francés a la cabeza.

## B) Recursos frente a la sentencia

**51.** En materia de recursos, las *European Rules* se adhieren a las tendencias que, sin ser unánimes, se han ido convirtiendo en mayoritarias en gran parte de los sistemas nacionales.<sup>38</sup>

**52.** Así, se propone una segunda instancia muy abierta, concebida primordialmente como una revisión de la primera instancia –y no tanto como un nuevo juicio plenario– (*rules* 167 y 168). El recurso de apelación que abre la segunda instancia, además, tendrá carácter ordinario: en principio, y en sintonía con la praxis habitual en los sistemas continentales, se puede sostener con éxito el recurso alegando infracción de ley, incorrecta valoración de la prueba y/o infracción procesal grave o con incidencia potencial en el fallo [*rule* 169(1)].

**53.** Por el contrario, las *European Rules* se decantan por un acceso mucho más limitado al tercer nivel de enjuiciamiento, habitualmente residenciado en un Tribunal Supremo o Corte de casación: con arreglo a la *rule* 172(1), solo será admisible un ulterior recurso si resulta necesario para reparar la vulneración de un derecho fundamental, preservar la uniformidad de la ley, pronunciarse sobre una cuestión fundamental con repercusión más allá del litigio en cuestión o promover el desarrollo del ordenamiento.

---

las partes, que la prueba testifical se aporte inicialmente por escrito, con carácter previo a la audiencia en que deba declarar oralmente –y con la previsión de que dicho interrogatorio se limite a las preguntas formuladas por la contraparte o el tribunal–. Se trata de una opción razonable en casos de litigios complejos (v.g., en procesos colectivos). De otro lado, la *rule* 117 da cabida a lo que en los sistemas angloamericanos se conocen como *affidavits*: si el tribunal lo permite, una parte puede presentar la declaración jurada de un testigo en relación con hechos de relevancia para el proceso, a la que el tribunal puede atribuir el mismo valor que a un testimonio ofrecido oralmente ante él –aunque la contraparte puede igualmente solicitar la comparecencia personal de dicho testigo–. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que no se trata de una facultad ofrecida abiertamente a las partes, sino que se halla sujeta al control previo del tribunal, que debería manejarla con cautela.

<sup>37</sup> De forma especial, la *rule* 62(2) se centra en ciertas actividades que tienden a ser “preparatorias” de la prueba, pero que en varios casos, a la postre, pueden hacer innecesaria su práctica ulterior. En concreto, se prevé que el tribunal se encargue de ordenar la aportación y el intercambio recíproco de documentos, de solicitar a las partes la aportación de testimonios escritos, de designar un perito y/o de organizar reuniones entre el perito judicial y posibles peritos de parte, de solicitar información a terceros, incluidas autoridades públicas y de practicar un reconocimiento judicial de la prueba obrante en la causa.

<sup>38</sup> En general, cfr. C.A. KERN, “Harmonisation of the Rules on Judgments and Appeals in Europe: A Few Remarks from the Inside”, en F. GASCÓN INCHAUSTI / B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, cit., pp. 223-239.

La defensa del *ius litigatoris*, por tanto, se convierte en instrumental en un sistema claramente nomofiláctico y jurisprudencial, en el que solo se discute sobre cuestiones jurídico-sustantivas o procesales, pero no sobre los hechos [rule 174(1)]. En cuanto a los efectos de las sentencias dictadas tras este segundo recurso, se propone como regla ordinaria la devolución del asunto al tribunal de apelación, salvo que el recurso se haya fundado en infracción de ley y el tribunal que conozca de él considere que dispone de todos los elementos para resolver el caso por sí mismo (rule 175).

54. En ambos niveles se regula –en términos novedosos, al menos para los lectores procedentes de un buen número de ordenamientos– la renuncia al derecho a recurrir, que puede ser incluso previa a que se haya dictado sentencia en la instancia anterior –salvo en asuntos de consumo– (rule 154).

### 3. Herramientas accesorias para reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva

55. Las *European Rules of Civil Procedure* parten de la asunción de que el derecho a la tutela judicial efectiva no solo se satisface con un diseño procedimental eficiente de los procesos declarativos en primera instancia y de los recursos frente a la sentencia; puede ser precisa, además, la existencia de piezas adicionales o accesorias, cuyo adecuado tratamiento es igualmente crucial para un diseño procesal eficaz. Es lo que sucede, al menos, con el acceso a la información y las pruebas, con la tutela provisional o cautelar y con la tutela colectiva.

#### A) Acceso a información en poder de las demás partes y de terceros

56. El nivel de acceso a información y pruebas que permite un sistema procesal repercute sobre el tipo de pretensiones que acaban formulándose ante los tribunales: sin pruebas carece sentido de litigar, pero en ciertos ámbitos jurídicos las pruebas no están a disposición de quien las necesita, sino en poder de la contraparte o de terceros: un eventual rechazo de estos sujetos a facilitar la información o a exhibir fuentes de pruebas puede acabar convirtiéndose en una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva.

57. Por eso, uno de los aspectos más difíciles, pero al mismo tiempo más novedosos de las *European Rules* ha sido el de elaborar una suerte de “*European way to discovery*”, que permita superar las dificultades a la hora de acceder a las pruebas en poder de la contraparte o de terceros, pero sin incurrir en los peligros y excesos asociados a esta herramienta en el modelo procesal civil estadounidense.<sup>39</sup> En este punto, la legislación y la praxis cotidiana en los diversos Estados miembros son muy diferentes, también en lo que atañe al mayor o menor rigor a la hora de cumplir las órdenes judiciales o las solicitudes formuladas de contrario. El objetivo principal en este punto ha sido la creación de un sistema de normas, relativamente autónomo, inspirado en parte en las reglas sobre esta materia de la Directiva 2014/104 sobre acciones de daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de la competencia<sup>40</sup>. El núcleo del sistema son las órdenes de acceso a prueba (*access to evidence orders, orders for access to evidence*), que acordará el tribunal, antes o durante el proceso, ordenando a un sujeto –parte o tercero– la aportación de documentos, información u otras fuentes de prueba pertinentes<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Para más detalles, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI / M. STÜRNER, «Access to Information and Evidence in the ELI/UNIDROIT European Rules on Civil Procedure: Some Fundamental Aspects», *Uniform Law Review*, Vol. 24, 2019, pp. 14-41.

<sup>40</sup> 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 (DO L 349, 5.12.2014), especialmente los arts. 5 a 7. Cfr. E. VALLINES GARCÍA, “Harmonising Access to Information and Evidence: The Directives on Intellectual Property and Competition Damages”, en F. GASCÓN INCHAUSTI / B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, cit., pp. 123-160; F. GASCÓN INCHAUSTI, “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017, pp. 1-18.

<sup>41</sup> La orden, eso sí, permitirá que el solicitante accede a información o pruebas, pero no significa por sí misma que aquellas

58. El sistema se funda en dos ideas básicas, control judicial y proporcionalidad a la hora de decidir si una parte o un tercero pueden ser obligados a aportar información, documentos u otras fuentes probatorias. Se trata con ello de evitar cualquier automatismo, estableciendo fuertes exigencias a las partes y a los tribunales. Así, para que el tribunal acuerde una orden de acceso a pruebas deben cumplirse requisitos de necesidad (la prueba solicitada ha de ser necesaria para fijar la certeza de hechos relevantes en el proceso), subsidiariedad (el solicitante no ha de disponer de otra vía para acceder eficazmente a la prueba)<sup>42</sup> y proporcionalidad (la naturaleza y el volumen de la prueba solicitada ha de ser razonable y proporcionada, teniendo en cuenta los intereses legítimos de las partes y de terceros) [cfr. *rule* 102(2)]. El solicitante, además, ha de asentar una suerte de *fumus boni iuris* acerca de lo fundado de su pretensión [*rule* 102(2)] y ha de presentar una petición que resulte lo más específica posible, esto es, que determine las concretas pruebas o categorías de prueba a las que pretende acceder, como forma de evitar las conocidas como *fishing expeditions*, es decir, las peticiones de información meramente prospectivas [*rules* 102(1) y 102(4)].

59. Al mismo tiempo, y como forma de conjurar otro de los peligros que se imputan a estas medidas, se establecen exigencias muy estrictas en materia de confidencialidad: en algunos casos, la confidencialidad será un límite a la eficacia de las órdenes de acceso a pruebas, pero en otros prevalecerá el derecho de acceso a la prueba. Corresponde al juez definir en concreto el resultado de ese juicio ponderativo, fundado en el principio de proporcionalidad; ahora bien, si la orden se concede, irá acompañada de una serie de exigencias destinadas a mantener la reserva de la información (*rule* 103), así como de sanciones graves en caso de incumplimiento (*rule* 104).

## B) Tutela cautelar

60. Las *European Rules* también contienen un sistema de tutela provisional y cautelar avanzado, pensado para evitar los perjuicios que el desarrollo temporal del proceso pueda generar en la efectividad de la tutela pretendida. Los caracteres básicos de las normas sobre tutela cautelar no sorprenderán al lector familiarizado con nuestro sistema procesal civil, si se tienen en cuenta los siguientes extremos:

- (i) Además de medidas cautelares estrictamente asegurativas se da cabida también a medidas anticipatorias –las *European Rules* las llaman *regulatory measures*–, especialmente idóneas en apoyo de procesos en que se pretenden condenas no dinerarias (*rule* 196).
- (ii) No existe una lista cerrada de medidas cautelares –aunque sí se ofrecen ejemplos–, de modo que el tribunal habrá de adoptar, en cada caso, la medida que resulta proporcionada a la situación cautelable (*rule* 185); por eso mismo, es posible que el sujeto pasivo de la medida solicite su sustitución por una caución dineraria [*rule* 187(1)].
- (iii) Su adopción está condicionada en todo caso a la existencia de una apariencia de buen derecho y de un peligro en la demora (*rules* 193, 197 y 199), así como a la constitución de una caución –que, sin embargo, no se prevé como ineludible [*rule* 187(2)]: nos hallamos, pues, ante una asunción clara de la doctrina clásica sobre los presupuestos de las medidas cautelares.
- (iv) Será posible adoptarlas antes de la interposición de la demanda, en cuyo caso será necesario interponer aquella en un plazo razonablemente breve, que se propone de quince días (*rule* 188)<sup>43</sup>.

---

se incorporen al proceso: corresponderá al solicitante “convertir” la información o el elemento obtenido en un medio de prueba admisible en el proceso [*rule* 101(3)].

<sup>42</sup> De hecho, la parte a la que se ordena la aportación de información o de prueba puede “reconvenir” pidiendo al tribunal que la sustituya por una orden igualmente eficaz pero menos gravosa [*rule* 107(4)].

<sup>43</sup> En esto, de hecho, las *European Rules* han optado claramente por un sistema de instrumentalidad reforzada, pues la incoación en plazo del proceso sobre el fondo no queda a expensas de la voluntad del sujeto pasivo de la medida, sino que resulta necesaria. Si las medidas son anticipatorias, no obstante, será esperable que su concesión conduzca a algún tipo de negociación o transacción que convierta el proceso ulterior sobre el fondo en innecesario.

- (v) También se admite, si está justificada, su adopción *inaudita altera parte*, con el consiguiente derecho a formular oposición frente a la medida adoptada (*rule* 186).
- (vi) El solicitante se hace responsable de los daños y perjuicios que las medidas hayan causado a la parte contraria, en caso de que finalmente estas sean alzadas sin que aquel haya obtenido sentencia favorable [*rule* 190(1)].

**61.** En cambio, puede que a ese mismo lector le resulten más chocantes los tres siguientes extremos:

- (i) Las medidas de aseguramiento de pruebas se engloban en el catálogo de las medidas cautelares (*rules* 198 y 199): siguiendo en esto el modelo francés, se incluyen entre ellas también la anticipación probatoria y la designación judicial de un perito para que emita un dictamen en relación con una cuestión determinada.
- (ii) El solicitante de la medida cautelar es responsable de los daños o gastos que el cumplimiento o ejecución de la medida haya causado a terceros [*rule* 190(2)]: se trata de una cuestión básica, que muchos ordenamientos no resuelven expresamente y cuya definición explícita constituye, desde luego, una mejora normativa –que sirve claramente de modelo para terminar de perfilar los modelos nacionales de tutela cautelar que, como el nuestro, no se pronuncian sobre este extremo.
- (iii) Sobre todo –y esto es, posiblemente, lo más significativo– se da cabida a los mandatos provisionales de pago (*rules* 200 y 201). En este punto, las *European Rules* son bastante detalladas, pues su pretensión es generalizar –al ofrecerlas como modelo– este tipo de medidas satisfactivas, habituales en algunos países (piénsese, v.g., en el *référé-provision* francés o en el *kort geding* holandés). Por ello, no se limitan a señalar como posible que el tribunal conceda al demandante el derecho a obtener provisionalmente el pago de una cantidad de dinero, sino que:

- De un lado, se establecen unos criterios claros y exigentes para su obtención: ha de haber un *fumus boni iuris* cualificado, que incluye los casos en que el demandado ha reconocido extraprocesalmente su obligación; el solicitante ha de acreditar igualmente su necesidad urgente de recibir el pago, que ha de prevalecer sobre el perjuicio que dicho abono podría causar al demandado; y su concesión, de ordinario, ha de quedar supeditada a la constitución de una caución por parte del solicitante.
- De otro, se señala una exigencia procedimental mínima: su adopción no es posible *inaudita parte debitoris*.

### C) Tutela colectiva

**62.** Las *European Rules* asumen que, en ciertas situaciones, la mejor manera de otorgar tutela a los derechos lesionados es a través de un proceso colectivo: esto es lo que sucede cuando una pluralidad de sujetos se han visto lesionados a resultas de un mismo hecho dañoso. No resulta preciso recordar ahora los incentivos, jurídicos, económicos y hasta psicológicos, que la existencia de procesos colectivos aportan para lograr una aplicación efectiva del ordenamiento en ciertas parcelas –notoriamente, el consumo. Las *European Rules* ofrecen en este punto a los legisladores nacionales un modelo de proceso colectivo diseñado a partir de la experiencia comparada, teniendo en cuenta las mejores prácticas y eludiendo cualquier tipo de perjuicio respecto del modelo de las *class actions* estadounidenses.

**63.** Ya se ha dicho antes que, en este punto, la aprobación de las *European Rules* se adelantó en apenas dos meses a la publicación en el DOUE de la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación. En algunos puntos, las *European Rules* y la Directiva no son plenamente compatibles. Es lo que sucede en relación con la legitimación, que la Directiva quiere restringir a ciertas entidades habilitadas

por los Estados miembros, mientras que las *European Rules* también abren a los particulares que sean miembros del grupo de afectados por el hecho dañoso [rule 208(c)]. Pero, por lo demás, las *European Rules* sí que ofrecen algo en relación con lo cual la Directiva guarda completo silencio: un modelo bastante detallado de proceso colectivo. En esto, por tanto, las *European Rules* pueden servir de base para implementar un sistema eficaz de proceso colectivo<sup>44</sup> para aquellos ordenamiento que quieran o deban hacer reformas legales, tal vez con ocasión de la transposición de la Directiva 2020/1828 o para extender este tipo de tutelas a ámbitos más allá del consumo.

64. Así, se prevé un contenido mínimo para la demanda que pretenda dar comienzo a un proceso colectivo, en la que se acredite la concurrencia de todos aquellos factores que justifiquen su desarrollo como tal (rule 210). La admisión de la demanda como colectiva no es automática, sino que está sujeta a un primer filtro judicial –una suerte de *class certification*–, para la comprobación de que concurren las exigencias establecidas y que, como puede imaginarse, consisten en la constatación de que todas las pretensiones derivan del mismo hecho dañoso, son similares en lo fáctico y lo jurídico y se resolverán de modo más eficiente en un proceso colectivo que a través de una acumulación de acciones individuales (rules 212 y 213). Se ha asumido, igualmente, que la tramitación de este tipo de procesos requiere de mecanismos y poderes especiales de gestión activa por parte del tribunal (rule 218). Entre ellos se incluye, de forma notoria, la potestad de decidir si el proceso se amoldará a los parámetros del modelo de adhesión (*opt-in*) o de exclusión (*opt-out*), en función de lo que parezca resultar más eficaz en función de las circunstancias del caso concreto –aunque, como regla, se muestra preferencia por el *opt-in*– (rules 215 y 216). En relación con el *case management*, asimismo, se prevén dos herramientas especialmente útiles: (i) la creación de un registro público electrónico y abierto, en el que se han de inscribir las acciones ejercitadas como colectivas, de modo que se evite una pluralidad de procesos derivados del mismo hecho dañoso (rule 211); y (ii) cada proceso colectivo se ha de tramitar sobre la base de una plataforma electrónica *ad hoc*, que sirva para la gestión del procedimiento y de las comunicaciones (rule 220). Por último, existe una regulación clara del contenido y eficacia de la sentencia, con la previsión de que con las cantidades objeto de condena se constituya un fondo, a partir del cual se distribuya a cada perjudicado la cantidad que le corresponda [rules 227, 228 y 238(2)].

65. Junto a lo anterior, existe un régimen bastante detallado de normas para la aprobación de transacciones colectivas, tanto para las alcanzadas durante la sustanciación de un proceso (rules 221 a 226) como para –siguiendo el modelo inicialmente diseñado por el legislador holandés– homologar una transacción colectiva alcanzada al margen de cualquier proceso judicial (rules 229 a 232).

#### IV. ¿Perspectivas de futuro?

66. Una vez culminado el proyecto y presentadas las *European Rules of Civil Procedure*, se suscita una cuestión obvia: ¿y ahora qué? Por supuesto, trabajos como el que el lector tiene ahora ante sus ojos evidencian el indudable impacto científico-académico: si ya se han publicado trabajos sobre las *European Rules* cuando estaban aún en proceso de elaboración, con mayor seguridad cabe suponer que aparecerán nuevos estudios y, singularmente, que las *European Rules* formarán parte de las referencias académicas imprescindibles en materia de proceso civil. Al fin y al cabo, les subyace un estudio comparado de enorme envergadura y representan, asimismo, una muestra del consenso que, sobre ciertas materias, se ha alcanzado entre especialistas de diversos países. No sorprenderá, en definitiva, que se usen como ejemplo o modelo en trabajos académicos, y que engrosen el listado de sistemas normativos a los que se haga referencia en estudios sobre aquellas materias cubiertas por ellas.

<sup>44</sup> De hecho, el modelo de proceso colectivo de las *European Rules* ha sido ya objeto de un estudio exhaustivo: cfr. A. STADLER / E. JEULAND / V. SMITH, *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020.

67. Por estas mismas razones, es también posible que las *European Rules* se acaben invocando o utilizando en contextos extraacadémicos: no sorprendería que las citen abogados en asuntos de interés sobre materias que susciten dudas interpretativas a nivel interno y en relación con las cuales se quiera mostrar cuál es el estado de la cuestión a nivel europeo. Lo mismo cabe esperar de tribunales nacionales que quieran reforzar ciertas decisiones o incluso ciertos *outrulings* sirviéndose del *status quaestionis* deducible de las *European Rules*; y quizá también pueda suceder lo mismo en ciertos tribunales supranacionales, acostumbrados a no tener complejos a la hora de incluir referencias doctrinales en sus resoluciones: no debería resultar chocante que, en el futuro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pudiera usarlas para identificar el estándar o consenso común europeo en algún asunto sometido a su decisión o que, por seguir con los vaticinios, se las mencionara a los mismos efectos en las conclusiones de algún Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE. En otros términos, cabe esperar que se sirvan de las *European Rules* aquellos a quienes convenga, por su contenido y alcance, para reforzar alegaciones, pretensiones, conclusiones o decisiones. No dejaría, eso sí, de ser una suerte de *soft use*, coherente con su naturaleza de *soft law*.

68. Lo anterior, que ya es muchísimo, podría tal vez percibirse como decepcionante para los impulsores de la iniciativa, pues supondría asumir para las *European Rules of Civil Procedure* un destino similar –algo mejor, quizá, pero similar– al que aguardó a los *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*. Cabe confiar, sin embargo, en que esto no suceda y que las *European Rules of Civil Procedure* acaben teniendo una proyección práctica y real superior.

69. Ya se ha visto, antes que nada, que el proyecto para su elaboración se ha desarrollado de forma abierta, ante diversos observadores externos institucionales, que han contribuido con aportaciones puntuales. También ha despertado el interés del Parlamento Europeo, que ha mostrado una especial sensibilidad a la hora de explorar una posible armonización de los procesos civiles nacionales en la Unión Europea<sup>45</sup>. Es previsible, con mayor razón, que estas referencias se mantengan en caso de que se retome la actividad normativa en esta dirección, no solo por parte del Parlamento, sino también de la Comisión. En definitiva, no resultaría sorprendente hallar referencias a las *European Rules of Civil Procedure* en futuros textos prelegislativos de las instituciones europeas en materia procesal civil, tanto si se plantea una armonización más horizontal, como si se elaboran ulteriores instrumentos sectoriales que incluyan algún tipo de armonización procesal de corte vertical.

70. Y es que, sobre todo, pienso que tienen un valor singular desde el punto de vista de la armonización procesal civil en Europa –*rectius*, en la Unión Europea–. Y lo tienen porque su elaboración demuestra que, desde un punto de vista técnico, una armonización *avanzada* es factible: es posible, en otros términos, aspirar a una armonización que se articule a través de la formulación de reglas específicas y que, por ello, vaya más allá de la enunciación de meros principios o reglas generales, como ocurrió inicialmente con el “proyecto Storme”<sup>46</sup> o, en fechas más recientes, con la propuesta de directiva del Parlamento Europeo de 2017. La aprobación de las *European Rules of Civil Procedure* es la culminación de un esfuerzo colectivo de detección de estándares comunes y, sobre todo, de propuesta de las mejores soluciones a las necesidades de una justicia civil eficiente. Las *European Rules* son la prueba de que es

<sup>45</sup> En este sentido, pueden verse diversos estudios elaborados sobre esta materia bajo los auspicios del Parlamento Europeo; European Parliamentary Research Service, In-Depth Analysis (R. MAŃKO), *Europeanisation of civil procedure. Towards common minimum standards?*, PE 559.499 (Junio 2015); European Parliamentary Research Service, Study (M. TULIBACKA, M. SANZ, R. BLOMEYER), *Common minimum standards of civil procedure (European Added Value. Assessment. Annex I)*, PE 581.385 (Junio 2016) –este Estudio, de hecho, incluye numerosas referencias al Proyecto ELI/UNIDROIT–; European Parliamentary Research Service, In-Depth Analysis (B. HESS), *Harmonized Rules and Minimum Standards in the European Law of Civil Procedure*, PE 556.971 (Junio 2016).

<sup>46</sup> El «Proyecto Storme», como se recordará, fue el primer intento de aproximación de los sistemas judiciales en Europa, confeccionado por un grupo de procesalistas europeos bajo la dirección del Prof. Marcel Storme. Condujo a la elaboración del esqueleto de una posible directiva que habría de armonizar elementos claves del proceso civil para facilitar la comprensión mutua y la circulación de resoluciones judiciales [cfr. M. STORME (ed.), *Approximation of judiciary law in the European Union*, Kluwer, 1994].

posible elaborar regulaciones completas desde un punto de vista institucional que reflejen una visión común del proceso civil y de sus elementos estructurales, sin que resulte necesario entrar en detalles procedimentales: dejan sin argumentos a quienes tradicionalmente han sostenido que los procesos civiles nacionales son demasiado diferentes como para que resulte posible formular un conjunto de reglas que resulten aceptables para todos.

71. Es importante recordar, en este sentido, que armonizar no es uniformizar o unificar: se trata de lograr una mayor aproximación de los sistemas procesales, que genere un entorno de seguridad y certidumbre jurídica a los operadores jurídicos y que permita una mejor coordinación en los asuntos transfronterizos<sup>47</sup>. Imaginemos un escenario de máximo éxito para las *European Rules of Civil Procedure*, que las elevara a la condición de directiva europea: tras su implementación por los Estados miembros, los procesos civiles nacionales seguirían siendo diferentes y, en muchos puntos, podrían seguir siendo “fieles” a determinadas tradiciones cuya preservación se hubiera considerado positiva o necesaria. Pero, a pesar de sus diferentes formulaciones nacionales, los procesos civiles de cada Estado miembro se expresarían en un lenguaje común, que permitiría a cualquier operador jurídico sentirse en terreno conocido con independencia del foro en que debiera litigar.

72. Cuestión distinta es que, políticamente, se pueda o incluso se quiera avanzar de forma decidida en la senda de la armonización de los procesos civiles nacionales en Europa. Hacer vaticinios, en la coyuntura actual, se me antoja un ejercicio fútil. Es obvio que no habrá avances hasta que esa armonización no se considere necesaria, pues solo entonces estará igualmente justificado activar las competencias normativas de la Unión Europea que lo hagan posible. Es, por ello, más probable que en un futuro más próximo sigamos encontrando muestras de armonización vertical en sectores materiales determinados. Y sería deseable que, en uno u otro escenario, las *European Rules of Civil Procedure* cumplieran esa función de guía o modelo con la que han sido elaboradas, de modo que pudiera originarse en torno a ellas una suerte de “fuerza gravitatoria”, similar a la que han generado las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses sobre la regulación procesal civil estatal”.

---

<sup>47</sup> M. TULIBACKA, “Europeanization of Civil Procedures: In Search of a Coherent Approach”, *Common Market Law Review*, No 46 (2009), pp. 1527-1565; Z. VERNADAKI, “Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 9-2 (2013), pp. 297-312.

# BREXIT: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

## BREXIT: PAST, PRESENT AND FUTURE

CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ

*Profesor titular de Derecho mercantil  
Universitat Autònoma de Barcelona*

Recibido: 14.12.2020 / Aceptado: 14.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5961>

**Resumen:** El brexit es hito histórico que merece un estudio detallado pues es la primera vez que un Estado abandona la Unión Europea. Tras la introducción (§ I), explicamos el proceso de retirada, comentando los problemas que ha generado la aplicación del artículo 50 TUE (§ II). A continuación, exponemos los aspectos cardinales del Acuerdo de Retirada (§ III), cuyo objeto es dar respuesta a las cuestiones pendientes entre el Reino Unido y la Unión Europea. En el epígrafe IV estudiamos el futuro de su relación. De un lado, las consecuencias principales de la retirada. De otra, las opciones que existían para canalizar la relación, los obstáculos aparecidos durante la negociación y, brevemente, el Acuerdo de Comercio y Cooperación.

**Palabras clave:** Brexit, Acuerdo de Retirada, Acuerdos de Comercio y Cooperación, Periodo de transición, Igualdad en las condiciones.

**Abstract:** The brexit is a historic milestone that deserves an accurate analysis as it is the first time that a Member State leaves the European Union. After the introduction (§ I), we explain the withdrawal process, remarking the problems raised by the application of article 50 TEU (§ II). Afterwards, we comment the principal questions of the Withdrawal Agreement (§ III), whose purpose is to solve the pending questions between the United Kingdom and the European Union. In the part IV we study the future of their relationship. On the one hand, the main consequences of the withdrawal. On the other, the options that existed to channel the relationship, the obstacles that have appeared during the negotiation and briefly the Commerce and Cooperation Agreement.

**Keywords:** Brexit, Withdrawal Agreement, Commerce and Cooperation Agreement, Transition period, Level playing field.

**Sumario:** I. Introducción.- II. Pasado. 1. Referéndum. 2. Artículo 50 TUE: notificación de la retirada. 3. Negociación del Acuerdo de Retirada. 4. Crisis constitucional y política en el Reino Unido. 5. Aprobación del Acuerdo de Retirada.- III. Presente: el Acuerdo de Retirada. 1. Introducción. 2. Disposiciones comunes. 3. Derechos de los ciudadanos. 4. Disposiciones sobre la separación. 5. Periodo transitorio. 6. Disposiciones financieras. 7. Gobernanza. 8. Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte. 9. Protocolo sobre las zonas de soberanía del Reino Unido en Chipre. 10. Protocolo sobre Gibraltar.- IV. Futuro. 1. Consideraciones generales: repercusiones en el Reino Unido, la Unión Europea, los Estados miembros y terceros. 2. Relaciones futuras: orientaciones y declaración política. 3. Posibles acuerdos. 4. Negociación del acuerdo (o acuerdos) sobre las relaciones futuras. A) Desencuentros durante las negociaciones. B) *UK Internal Market Bill*. C) Acuerdo sobre Comercio y Cooperación.- V. Conclusiones.

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Brexit y libertad de establecimiento: aspectos societarios, fiscales y de extranjería”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Referencia DER2017-88910-P.

## I. Introducción

1. La salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, conocida como “brexit”, es un hecho histórico que merece atención al ser la primera vez que un Estado miembro abandona la Unión Europea<sup>1</sup>. Y no es un Estado cualquiera, sino que se trata de la sexta economía del mundo y la segunda de la Unión Europea, detrás de Alemania y por delante de Francia<sup>2</sup>. Es miembro fundador del Fondo Monetario Internacional, de la Organización de Naciones Unidas y del Banco Mundial, así como miembro del G8, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y de la Organización Mundial del Comercio. Es una potencia militar (el segundo país europeo que más invierte en defensa, por detrás de Francia) y el único Estado miembro con representación permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU<sup>3</sup>. Es una democracia consolidada y buen cumplidor de las normas europeas. A pesar de su sempiterna reticencia a una mayor profundización en los ámbitos políticos y sociales de la Unión Europea, ha servido de contrapeso al binomio Alemania-Francia, aportando una visión particular y estimulando el desarrollo en diversos ámbitos<sup>4</sup>.

2. El resultado del referéndum de 23 de junio de 2016 nos cogió a todos con el pie cambiado; sobre todo al por entonces Primer Ministro británico, David Cameron, que había manifestado que su voluntad no era abandonar la Unión sino reformarla desde dentro<sup>5</sup>. Había afirmado que la membresía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en adelante “Reino Unido”) era esencial para su economía y empleo; entre otras razones, permitía a los empresarios británicos vender sus productos o prestar sus servicios a casi quinientos millones de personas, sin necesidad de gestionar la aplicación de veintisiete ordenamientos jurídicos diferentes<sup>6</sup>. Pero no sólo le daba acceso al mayor mercado único mundial, sino que tenía una voz y un voto muy importantes para decidir sobre sus normas, a fin de que reflejaran los intereses de las empresas y consumidores británicos. Igualmente permitía a sus ciudadanos y sociedades vivir, trabajar y viajar libremente por toda Europa. También reforzaba el papel del Reino Unido en el mundo, porque “(t)here is no doubt that we are more powerful in Washington, in Beijing, in Delhi because we are a powerful player in the European Union”<sup>7</sup>. Los beneficios de la pertenencia a la Unión Europea no se limitaban al ámbito económico, sino que también era fundamental la cooperación en materia de seguridad internacional, de lucha contra el crimen organizado y contra el terrorismo transfronterizo. Reconocía que había ciertos aspectos que no eran del agrado del pueblo británico, pero exis-

<sup>1</sup> Vid. A. MANGAS MARTÍN, “Retirada de un Estado de una Organización Internacional: los procesos del brexit”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 94, 2017, 298 s.

<sup>2</sup> Fuentes: [https://es.wikipedia.org/wiki/Econom%C3%ADa\\_del\\_Reino\\_Unido](https://es.wikipedia.org/wiki/Econom%C3%ADa_del_Reino_Unido); <https://www.nasdaq.com/articles/the-5-largest-economies-in-the-world-and-their-growth-in-2020-2020-01-22>; <https://datosmacro.expansion.com/paises/uk>; <https://santandertrade.com/es/portal/analizar-mercados/reino-unido/politica-y-economia>

<sup>3</sup> A. ALONSO y C. TORRALBA, “Los datos del divorcio entre el Reino Unido y la UE”, *El País*, 1.2.2020 ([https://elpais.com/internacional/2020/01/31/actualidad/1580494832\\_099752.html](https://elpais.com/internacional/2020/01/31/actualidad/1580494832_099752.html)).

<sup>4</sup> Véase B. DE MIGUEL, “Alas al mercado común, freno a la integración política”, *El País*, 27.1.2020 ([https://elpais.com/internacional/2020/01/27/actualidad/1580149569\\_210890.html](https://elpais.com/internacional/2020/01/27/actualidad/1580149569_210890.html)).

<sup>5</sup> El documento clave es el informe HM Government: *The best of both worlds: The United Kingdom’s special status in a reformed European Union*, February 2016, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/the-best-of-both-worlds-the-united-kingdoms-special-status-in-a-reformed-european-union>. En él David Cameron explica su propuesta de reforma de la Unión Europea que, según informa, había sido aceptada por el resto de Estados miembros. También resulta esencial para comprender la situación del Reino Unido dentro de la Unión el informe HM Government: *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, Marzo 2016, en particular la página 8.

Igualmente, véase A. MANGAS MARTÍN, “La retirada del Reino Unido de la Unión Europea”, *Foro, Nueva época*, 19 (1), 2016, 32 ss., quien destaca que los cambios no respondían sólo a las exigencias del Reino Unido: aunque éste llevaba la voz cantante, otros importantes Estados miembros veían con buenos ojos su propuesta; A.J. MENÉNDEZ, “De cómo convertir el Brexit en una oportunidad democrática”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 64, 2016, 32 ss.; M. SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, “La crisis constitucional del brexit”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 53 y J. PEET, “El Reino Unido y Europa”, en AA.VV., *La búsqueda de Europa. Visiones en contraste*, OpenMind BBVA, 2015, 343 s.

<sup>6</sup> HM Government: *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 9.

<sup>7</sup> Discurso de David Cameron en la sede central de Bloomberg, de 23 de enero de 2016, disponible en <https://www.gov.uk/government/speeches/eu-speech-at-bloomberg>.

tía la posibilidad de mejorarlos. De hecho, había consensuado una reforma de gran calado para mejorar la situación del Reino Unido dentro de la Unión Europea. Pese a todos estos argumentos, la mayoría del electorado británico voto a favor de abandonar la organización.

3. Aunque el futuro es incierto, todo apunta a que el brexit va a ser perjudicial para las dos partes, tanto en términos económicos como sociopolíticos. No sólo los intercambios comerciales entre el Reino Unido y la Unión Europea van a reducirse, sino que las políticas de seguridad, defensa, migratoria y social se resentirán. De ahí la necesidad de que las dos partes lleguen a acuerdos sobre sus relaciones. Han consensuado dos: el primero es el Acuerdo de Retirada, que regula las situaciones pendientes. Pero su aprobación ha necesitado tres prórrogas al plazo de dos años que prevé el art. 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE). El segundo es el Acuerdo de Comercio y Cooperación, que se concluyó una vez finalizado este artículo y al que nos referiremos brevemente al final.

4. Las consideraciones anteriores nos llevan a convertir el brexit en el objeto de este artículo. Empezamos analizando su pasado (§ II), es decir el proceso de retirada del Reino Unido, pues deviene clave para entender la situación en la que nos encontramos y vislumbrar las repercusiones que puede tener en el futuro. Utilizamos el artículo 50 TUE como hilo conductor, dado que regula el procedimiento de retirada de un Estado miembro de la Unión Europea<sup>8</sup>. Su aplicación ha generado diversas cuestiones jurídicas y ha contribuido a una crisis política e institucional en el Reino Unido de la que nos hacemos eco. A continuación (§ III) explicamos el Acuerdo de Retirada, que esencialmente establece la aplicación del Derecho comunitario a las situaciones pendientes de resolución a 31 de diciembre de 2020. No obstante, también tiene soluciones que parecen desbordar este marco, pues reconoce diversos derechos de por vida a los nacionales británicos que residan en la Unión Europea a 31 de diciembre de 2020 y a los ciudadanos comunitarios que hagan lo mismo en el Reino Unido. Seguidamente, vislumbramos cuál puede ser el futuro de las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea (§ IV). Tras repasar sucintamente las consecuencias más importantes del brexit para las partes implicadas, exponemos cuáles eran las opciones que tenían las partes para canalizar las relaciones futuras, reseñamos los obstáculos que enfrentaron a los negociadores y explicamos telegráficamente el Acuerdo alcanzado. Terminamos con las conclusiones preceptivas (§ V).

## II. Pasado

### 1. Referéndum

5. El 23 de junio de 2016 se celebró el referéndum que provocó la salida del Reino Unido de la Unión Europea<sup>9</sup>. Lo propuso David Cameron en 2013 debido a cuatro razones. En primer lugar, la crisis económica de 2008<sup>10</sup>. El pueblo británico había entrado en las Comunidades cuando eran esencialmente una asociación económica para conseguir mayor estabilidad y prosperidad. La política de austeridad implantada por Europa y la deriva hacia una organización más política y social generaron un desencanto en la población que, según David Cameron, exigía renovar su compromiso con la Unión. La segunda causa era la oportunidad política: el referéndum respondía a la voluntad de acabar con las luchas internas dentro de la coalición que gobernaba el país -sobre todo, reducir el poder de los antieuropeos-, así

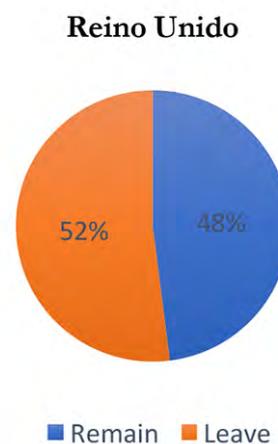
<sup>8</sup> A pesar de ubicarse dentro del Tratado de la Unión Europea, también se aplica a la Euratom en virtud del artículo 106 bis del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

<sup>9</sup> No era el primer referéndum que se celebraba sobre la permanencia del Reino Unido dentro de la Unión. Poco tiempo después de ingresar en las Comunidades Europeas, el 5 de junio de 1975 se preguntó a la ciudadanía: “¿Piensa que el Reino Unido debe permanecer en la Comunidad Europea (Mercado Común)?”. Todos los partidos políticos y la prensa se posicionaron a favor del sí, que ganó con 17.378.581 (67,2%) votos a favor y 8.470.073 (32,8%) en contra. La participación fue del 64,5% y pasó factura al Partido Laborista, que estaba en el poder.

<sup>10</sup> J.M. SERRANO SANZ, “La economía y el brexit”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 64, 2016, 18 s., quien subraya la pésima gestión de la crisis por parte de las instituciones europeas.

como frenar el ascenso del Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP)<sup>11</sup>. Aunque no parecía que Nigel Farage pudiera ser una alternativa realista de gobierno, podía restar votos a los conservadores y provocar que los laboristas se hicieran con el poder. La tercera causa era mejorar la posición negociadora del Reino Unido frente a la Unión Europea. El Primer Ministro creía que su país debía permanecer dentro de ella, pero esta organización debía cambiar su rumbo en base a cinco principios: i) mayor competitividad, ii) mayor flexibilidad, pues era consustancial a su diversidad, iii) devolver el poder a los Estados Miembros, iv) dar mayor protagonismo a los parlamentos nacionales para incrementar la representatividad democrática, y v) participación de todos los Estados en las decisiones y cambios de la eurozona (*fairness*)<sup>12</sup>. La cuarta causa fue un error de cálculo: los asesores del Primer Ministro le aseguraron que podía vencer fácilmente<sup>13</sup>.

6. El 17 de diciembre de 2015 se aprobó la *European Union Referendum Act* necesaria para la celebración del referéndum<sup>14</sup>. La pregunta era: *Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?* Y las posibles respuestas: *Remain a member of the European Union* y *Leave the European Union*. La Ley no fijaba la fecha sino que delegaba la decisión en el Gobierno, aunque sí imponía el término máximo: el 31 de diciembre de 2017. Igualmente, no exigía una mayoría cualificada: la salida de la Unión Europea podía decidirse por mayoría simple.



7. La votación fue favorable al abandono de la Unión Europea, como es por todos conocido. Con todo, vale la pena repasar las cifras, pues pueden ayudar a vislumbrar los conflictos que pueden plantearse en el futuro. Votó el 72,2% del electorado (33.551.983 de 46.500.001): un 48,1% a favor de quedarse en la Unión (16.141.241) y un 51,9% partidario de abandonarla (17.410.742)<sup>15</sup>. Sin embargo, ganó la permanencia en Londres (2.263.519 vs. 1.513.232), Irlanda del Norte (440.707 vs. 349.442) y Escocia (1.661.191 vs. 1.018.322); en Gales, la retirada (772.347 permanencia y 854.572 salida).

8. Se han hecho muchas valoraciones de los resultados. La que ha tenido más éxito es la de David Goodhart: niega que fuera una lucha entre izquierdas y derechas, sino entre los “cosmopolitas globales” (*anywhere*) y los “nativistas” (*somewhere*)<sup>16</sup>. Los primeros, predominantes en las grandes ciudades, abogaban por mantenerse en la Unión Europea y por fronteras permeables, libre comercio regulado y movilidad de capitales. Los nativistas, más presentes en el mundo rural, estaban descontentos con la globalización y anhelaban los valores tradicionales. Deseaban recuperar el control y la soberanía del Reino Unido.

<sup>11</sup> MANGAS, “La retirada del Reino Unido de la Unión Europea”, cit., 32, quien califica la decisión del primer ministro británico de “ocurrencia”; J.M. CASTELLÀ ANDREU, “El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada”, *Revista de Derecho Político*, 97, 2016, 313 ss.; MENÉNDEZ, *loc. cit.*, 35 s.; “David Cameron promises in/out referendum on EU”, *bbc.com*, 23.1.2013 (<https://www.bbc.com/news/uk-politics-21148282>); O. WRIGHT y C. COOPER: “The Speech that was the start of the end of David Cameron”, *The Independent*, 24.6.2016 (<https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-eu-referendum-david-cameron-resignation-announcement-2013-a7101281.html>) y R. DE MIGUEL y B. DE MIGUEL: “Brexit: los protagonistas del seísmo político”, *El País*, 29.1.2020. Resulta interesante también la comparación que hace J. PEET entre Harold Wilson, quien protagonizó el referéndum de 1975, y David Cameron en “El Reino Unido y Europa”, cit., 345 ss.

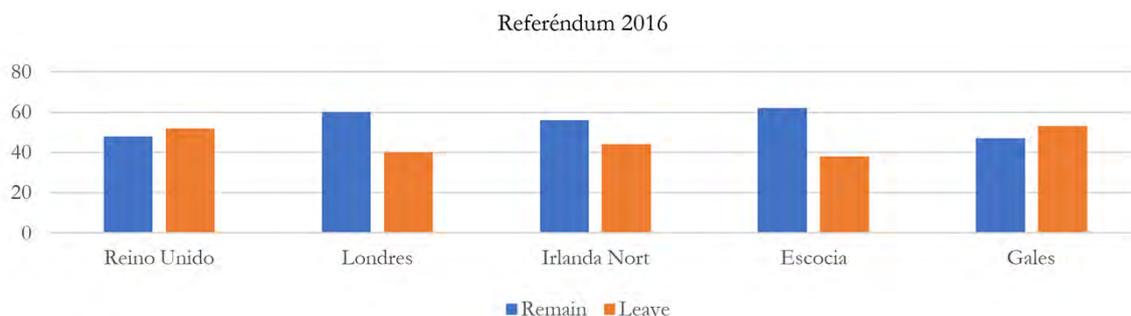
<sup>12</sup> Cfr. nota 5.

<sup>13</sup> *Supra* nota 12.

<sup>14</sup> La norma general que la complementaba era la *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*. Respecto de los referéndums en el Reino Unido, véase CASTELLÀ, *op. cit.*, 303 ss., y sobre el del brexit en particular, 315 ss.

<sup>15</sup> Fuente: <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/results-and-turnout-eu-referendum>

<sup>16</sup> E. FÉAS, A. ANCHUELO, y F. STEINBERG, “El desafío del brexit”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 88, 2019, 4/5. También A. DASTIS QUECEDO, “El brexit de nunca acabar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 37, 2019, 1/6



9. También han sido considerables las razones que se han barajado para explicar el resultado. A nuestro modesto entender, pueden resumirse en el desencanto con la Unión Europea. Los británicos nunca fueron unos comunitaristas convencidos<sup>17</sup>. Ingresaron en 1973, tras dos vetos de Francia, buscando prosperidad y estabilidad para superar el declive que sufrían. Su interés en la Unión se centraba en su aspecto comercial y no veían con buenos ojos la mayor integración política y social que estaba experimentando la Unión. De ahí la propuesta de David Cameron de modificar el rumbo de la organización desde dentro<sup>18</sup>. La gota que colmó el vaso fue la crisis económica-financiera de 2007/08<sup>19</sup>. Como se ha afirmado, incrementó el empobrecimiento de los trabajadores y de las clases medias, generó crisis migratorias y un aumento del terrorismo. Las decisiones de las autoridades comunitarias, y especialmente su apuesta por la austeridad, fueron mal recibidas por la población, que consideraba que una élite hacía pagar a los ciudadanos los excesos de los políticos y financieros. Aunque fueron los Estados del Sur de la Unión los que sufrieron con mayor virulencia estas decisiones, alejó todavía más a los británicos de Bruselas, que se convirtió en el chivo expiatorio de sus problemas.

10. Cabe también hacer referencia a dos circunstancias más. La primera es la distorsión informativa que acompañó al referéndum. Prensa solvente ha denunciado la existencia de una campaña de desinformación favorable a la salida del Reino Unido<sup>20</sup>. La segunda es la actitud pasiva de la Unión Europea. A pesar de lo mucho que estaba en juego, no hizo publicidad a favor de la permanencia, recordando las ventajas de formar parte de la Unión Europea. Como se ha afirmado acertadamente, la política de inhibición dejó espacio libre a las mentiras de populistas, nacionalistas y xenófobos británicos<sup>21</sup>.

## 2. Artículo 50 TUE: notificación de la retirada

11. A pesar de que la decisión no era vinculante, David Cameron (“The British people have voted to leave the European Union, and their will must be respected”), Theresa May (“Brexit is Brexit”)

<sup>17</sup> Así, L. BURGORGUE-LARSEN, “Las raíces populistas del brexit”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 84-85, 2020, 5 ss.

<sup>18</sup> Véase el discurso del *Premier* británico de 23 de enero de 2013, disponible en <https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech>. En sintonía con su predecesor, Theresa May destacó que las tradiciones políticas del Reino Unido y de la Unión Europea eran diferentes y criticó la rigidez de la última. Igualmente, la tachó de lastre para la economía británica. En su discurso de 13 de enero de 2017 afirmó: “Desde que nos unimos a la UE, el comercio como porcentaje del PIB se ha estancado de manera general en el Reino Unido. Por este motivo, ha llegado el momento de que el Reino Unido salga al mundo y redescubra su papel como una gran nación comerciante”.

<sup>19</sup> En ese sentido, BURGORGUE-LARSEN, “Las raíces populistas del brexit”, cit., 5 ss.

<sup>20</sup> Al respecto véase K. VINE: “How technology disrupted the truth”, *The Guardian*, 12.7.2016 (<https://www.theguardian.com/media/2016/jul/12/how-technology-disrupted-the-truth>) y C. CADWALLADR: “The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked”, *The Guardian*, 7.5.2017 (<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexit-robbery-hijacked-democracy>).

En clave política, BAINES, BREWER y KAY (“Brexit is a policy fiasco. Were voters deceived during the referendum?”, en el blog *LSE Brexit 2020*, 9.3.2020) afirman que el brexit ha defraudado a los votantes británicos pues va a ser muy difícil implementar las políticas que permitan obtener los resultados prometidos por los llamados *brexiter*s.

<sup>21</sup> A. MANGAS MARTÍN, “Las enseñanzas del brexit”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 92.

y, por supuesto, Boris Johnson (“Get Brexit Done”) decidieron ejecutar la decisión del pueblo británico. Entraba así en juego el art. 50 TUE<sup>22</sup>. Aprobado por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, regula la retirada de un Estado miembro de la Unión Europea. Dada su importancia, lo utilizaremos de guía para recordar el proceso de salida del Reino Unido<sup>23</sup>.

12. En primer lugar, el art. 50 TUE dispone que la decisión del Estado miembro debe adecuarse a sus normas constitucionales<sup>24</sup>. El brexit generó un problema en este punto, puesto que el Gobierno británico quiso prescindir del Parlamento<sup>25</sup>. La decisión de poner en marcha el procedimiento de retirada se tomó sin la participación de Westminster ni de los Parlamentos de Gales y Escocia. Se discutió si este modo de proceder vulneraba la llamada “*Sewel Convention*”; una “costumbre” del Parlamento británico relativa a la distribución de competencias con Escocia, Irlanda del Norte y Gales<sup>26</sup>. Establece que el primero no legislará sobre materias que originalmente correspondían a estas naciones sin recabar su consentimiento. La Corte Suprema del Reino Unido tuvo que pronunciarse al respecto y falló que era obligatoria la participación del Parlamento británico en el procedimiento de notificación del abandono (sentencia de 24 de enero de 2017, *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*)<sup>27</sup>. La razón es que el Gobierno no puede dejar sin efecto la legislación aprobada por el Parlamento. Y recuerda que los Tratados europeos no afectan sólo a las relaciones internacionales del Reino Unido, sino que son fuente del Derecho nacional y generan derechos para los británicos. Ahora bien, también subrayó que no era necesario el consentimiento del Parlamento escocés, de la Asamblea Nacional de Gales o de la Asamblea de Irlanda del Norte. Consecuencia suya fue la aprobación de la *European Union (Notifica-*

<sup>22</sup> Inicialmente se discutía si un Estado Miembro podía abandonar la UE. La mayoría de la doctrina afirmaba que no, según el profesor González Vega: la adhesión era definitiva e irrevocable. J. GONZÁLEZ VEGA mantuvo la tesis contraria en: “La integración al desnudo: el bréxit ante el Tribunal de Justicia de la UE”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 11. La profesora Mangas Martín ofrece dos argumentos a favor de la posibilidad de retirada. El primero es que el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce este derecho (art. 56). El segundo es que la retirada es un derecho inherente a la membresía: aunque las organizaciones internacionales tienen vocación de permanencia, no pueden vincular a perpetuidad. Véase MANGAS, “La retirada del Reino Unido de la Unión Europea”, cit., 47 y MANGAS, “Las enseñanzas del bréxit”, cit., 95. Sobre las razones de la introducción del derecho de retirada y los trabajos preparatorios del art. 50 TUE M. HUYSMANS, “Enlargement and exit: the origins of article 50”, *European Union Politics*, 20(2), 2019, 155 ss., quien destaca el peso que tuvo el Reino Unido en la decisión (pág. 169) y J. PIERNAS LÓPEZ, “El artículo 50 TUE: de su introducción a su aplicación. Ten cuidado con lo que deseas...”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34, 2018, 833 ss.

<sup>23</sup> Al respecto, MANGAS, “Retirada de un Estado de una Organización Internacional: los procesos del brexit”, cit., 300 s., A. MANGAS MARTÍN, “Cuestiones jurídicas del Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, 813 ss y C. CLOSA, “Interpreting Article 50: Exit, Voice and ... What about Loyalty”, en C. CLOSA (ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 191 ss., donde caracteriza el derecho de retirada como unilateral, incondicional pero no inmediato. También el documento del Gobierno británico *The process for withdrawing from the European Union*, febero 2016 (<https://www.gov.uk/government/publications/the-process-for-withdrawing-from-the-european-union>).

<sup>24</sup> K. ARMSTRONG subraya que se trata de una cuestión puramente nacional. Véase su entrada “Has Article 50 Really Been Triggered?”, en el blog *ukconstitutionallaw.org*, 14.6.2017 (<https://ukconstitutionallaw.org/2017/06/14/kenneth-armstrong-has-article-50-really-been-triggered/>). En cambio, el profesor Martín Delgado lo configura como una condición sustantiva, en el sentido que la Unión puede rechazar la notificación si choca con los valores del art. 2 TUE. La razón es que no concibe la retirada como una decisión unilateral, pues está condicionada por múltiples requisitos formales y sustantivos. Así, I. MARTÍN DELGADO, “‘Brexit means Brexit’ ... o no. Especulaciones, conjeturas y algunas consideraciones jurídicas a propósito de la decisión del Reino Unido de retirarse de la Unión Europea en el contexto del artículo 50 TUE”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 64, 2016, 26; y también C. HILLION, “This Way, Please! A Legal Appraisal of the EU Withdrawal Clause”, en C. CLOSA, (ed.): *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 217.

<sup>25</sup> R. BUSTOS GISBERT, “Consecuencias del brexit para la estructura territorial del Reino Unido”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 41 y 45; A. LÓPEZ BASAGUREN, “Bréxit: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 2017, 123 ss. y SATRÚSTEGUI, *loc. cit.*, 52, quien explica la crisis en clave de tensión entre el Parlamento y la voluntad popular (referéndum)

<sup>26</sup> Véase <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn02084/>.

<sup>27</sup> Con anterioridad a la sentencia, N. BARBER, T. HICKMAN y J. KING afirmaron que era necesaria una Ley del Parlamento británico que autorizara al Gobierno a notificar la intención de abandonar la Unión Europea. Véase la entrada “Pulling the Article 50 ‘Trigger’: Parliament’s Indispensable Role”, en *UK Constitutional Law Blog*, 7 de junio de 2016 (<https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/27/nick-barber-tom-hickman-and-jeff-king-pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role/>).

*tion of Withdrawal) Act 2017*, que autorizaba al primer ministro a notificar la intención de abandonar la Unión Europea.

**13.** En segundo término, el art. 50 TUE exige que el Estado miembro que notifique su intención al Consejo Europeo. Esta comunicación cumple dos funciones<sup>28</sup>. La primera es permitir que la organización internacional y sus miembros se preparen y adopten medidas para minimizar el impacto del abandono del Estado miembro. Y la segunda es dar a este país la posibilidad de reflexionar sobre si le conviene. Ha planteado diversas cuestiones jurídicas. Abordamos las tres más importantes. En primer lugar, el carácter unilateral, bilateral o multilateral de este acto jurídico. La repercusión de la retirada sobre los demás Estados miembros, y sus nacionales, es un argumento de peso a favor del carácter bi- o multilateral de la notificación. Sin embargo, el art. 50 TUE lo configura como un acto unilateral: corresponde al Estado comunicar al Consejo Europeo su decisión de irse, sin que sea necesaria la aquiescencia de los demás<sup>29</sup>. Es cierto que el precepto insta a llegar a un Acuerdo con la Unión; sin embargo, si no se alcanza, o no hay siquiera la voluntad de negociar, el abandono se produce automáticamente a los dos años de la notificación. El Tribunal General de la Unión Europea confirmó el carácter unilateral de la decisión en la sentencia de 26.11.2018, (T458/17) *Harry Shindler y otros contra Consejo de la Unión Europea*<sup>30</sup>.

**14.** La segunda cuestión afecta al plazo para notificar la intención de abandonar la Unión Europea. El art. 50 TUE carece de previsión al respecto, con lo que no hay imposición ni límite alguno para los Estados<sup>31</sup>. Dados los perjuicios que puede generar la incertidumbre acerca de la notificación, una opinión autorizada propone modificar esta disposición para introducir un término<sup>32</sup>. Plantea dos posibilidades. La primera es limitar la decisión de salir de la Unión a los supuestos de reforma de los Tratados. La razón es que la facultad de irse plantea graves trastornos tanto para la organización, como para sus miembros y los ciudadanos de éstos. A nuestro modesto entender, una configuración semejante generaría un límite difícil de aceptar para los Estados miembros, que podría interpretarse como un cuestionamiento de la voluntad soberana de sus ciudadanos. Además, forzar a un país que ha decidido abandonar la Unión a permanecer en ella hasta que se produzca una modificación de los Tratados podría tener efectos desestabilizadores para todos. La segunda posibilidad es la introducción de un lapso específico para notificar la retirada, o unos límites al respecto. Ahora bien, dada la dificultad de fijar un término único adecuado para la multitud de variables que pueden estar en juego, propone utilizar la fórmula del art. 4.3 TUE<sup>33</sup>. Es decir, exigir al Estado que actúe con la diligencia debida y respete al principio de cooperación leal. La propuesta resulta acertada, pues no olvidemos que la decisión debe ser acorde con la normativa constitucional nacional, que es muy variada. Con todo, la falta de concreción puede generar incertidumbre y malentendidos que repercutirían negativamente en el procedimiento de salida y en las relaciones futuras entre las partes.

**15.** La tercera duda es la revocabilidad de la decisión. Para formularla correctamente hay que tener en cuenta que la notificación no comporta la pérdida de la condición de miembro de la Unión Europea. El apartado 3.º del artículo 50 lo deja claro al disponer que “(l)os Tratados dejarán de aplicarse

<sup>28</sup> MANGAS, “Las enseñanzas del bréxit”, cit., 96.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ VEGA, *op. cit.*, 9 y D. DIXON, “Article 50 and Member State Sovereignty”, *German Law Journal*, 19(4), 2018, 909 ss., quien argumenta que la membresía de la Unión no acaba con la soberanía de los Estados miembros y que el derecho de salida refuerza la idea de que los Tratados de la Unión Europea son convenios internacionales.

<sup>30</sup> Al respecto M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “Un Tribunal a la altura de sus responsabilidades: el brexit ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, 24 ss.

<sup>31</sup> En contra, MARTÍN DELGADO, *op. cit.*, 25, quien sostuvo que, debido a las consecuencias que la decisión tenía para la Unión Europea, los Estados miembros y sus ciudadanos, tanto el Consejo Europeo como el Tribunal de Justicia podrían intervenir para evitar que la notificación de la intención de abandonar la Unión se alargara en exceso. Por otra parte, cabe mencionar que doctrinalmente se ha debatido la eficacia de la costumbre internacional. Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “Un Tribunal...”, cit., 31 ss.

<sup>32</sup> MANGAS, “Las enseñanzas del bréxit”, cit., 93 s.; MANGAS, “Retirada de un Estado de una Organización Internacional: los procesos del brexit”, cit., 308 ss y MANGAS, “Cuestiones jurídicas del Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación”, cit., 820 ss.

<sup>33</sup> En el mismo sentido HILLION, “This Way, Please! A Legal Appraisal of the EU Withdrawal Clause”, cit., 219.

al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo”. Por lo tanto, hasta que no se produzca efectivamente la salida, el Estado sigue siendo miembro de la Unión Europea, regido por el ordenamiento comunitario y debe cumplir las obligaciones que esta condición comporta<sup>34</sup>.

**16.** El Tribunal de Justicia resolvió el dilema en su decisión de 10 de diciembre de 2018<sup>35</sup>. Se pronunció a favor de la facultad de retirar la notificación. El fundamento es el art. 50.2 TUE, que otorga relevancia a la “intención” del Estado Miembro. La autoridad judicial europea argumenta que las “intenciones” no son definitivas ni irrevocables sino, en este caso, una manifestación de la soberanía del Estado. Esta decisión es coherente con el pronunciamiento sobre el carácter unilateral de la decisión de salir de la Unión, pues la revocación es consustancial a los actos jurídicos unilaterales<sup>36</sup>. Eso sí, el Estado miembro debe proceder de buena fe al retirar la notificación de la intención de abandono. De un lado, porque afecta a la organización, a los demás Estados miembros y a sus ciudadanos. De otro, porque así lo exige el Derecho comunitario (por ejemplo, el art. 4.3 TUE).

**17.** Theresa May notificó la intención del Reino Unido de salir de la Unión Europea y de la Euratom el 29 de marzo de 2017<sup>37</sup>. Este acto tuvo gran importancia, pues empezaba el cómputo de dos años para el abandono efectivo de la Unión Europea. En efecto, el apartado cuarto del artículo 50 TUE establece que los Tratados dejarán de aplicarse al Estado miembro que abandona la Unión a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación de la intención de retirada. Por lo tanto, el 29 de marzo de 2019 el Reino Unido dejaría definitivamente la Unión Europea si no se llegaba a un Acuerdo con anterioridad. Con todo, el precepto contempla la posibilidad de una prórroga, pero debe ser aprobada por el Consejo Europeo por unanimidad<sup>38</sup>.

**18.** Merecen destacarse tres aspectos de la carta que la *Premier* británica envió a Donald Tusk, en su calidad de presidente del Consejo Europeo. En primer lugar, informaba de que se aprobaría una ley para convertir el Derecho de la Unión Europea vigente en el momento de la retirada en Derecho interno. Así se ha hecho a través de la *European Union (Withdrawal) Act 2018*<sup>39</sup>. Por una parte, deroga la *European*

<sup>34</sup> Así lo ha mantenido el Tribunal de Justicia en las sentencias de 19 septiembre 2018, *RO*, C-327/18 PPU, y de 23 enero 2019, *M.A. et al.*, C-661/17, como explicamos en la entrada “TJUE y brexit (orden de detención europea y petición de asilo)”, el blog *Brexit y libertad de establecimiento: aspectos societarios, fiscales y de extranjería*, 21.2.2019 (<https://blogs.uab.cat/litigacioint11/2019/02/21/tjue-y-brexit-orden-de-detencion-europea-y-peticion-de-asilo/>). Con mayor profundidad, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “Un Tribunal...”, cit., 22 ss. Ya antes del brexit lo había mantenido J.C. PIRIS, “Brexit or Britin: Is it really colder outside?”, *European Issues*, 369, 26.10.2015, 2/15.

<sup>35</sup> *Andy Wightman et al y Secretary of State for Exiting the European Union*, C-621/18. Al respecto ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “Un Tribunal a la altura de sus responsabilidades: el brexit ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, cit., 29 ss.; R. ARENAS GARCÍA, “El brexit infinito o el ángel exterminador”, *La Ley Unión Europea*, 72, de 31 de julio de 2019, 3/18 y E. CANNIZZARO, “Extra Unionem Nulla Salus? The UK Withdrawal and the European Constitutional Moment”, *European Papers*, 3 (3), 2019, 1041 ss.

<sup>36</sup> Véase MANGAS, “Las enseñanzas del bréxit”, cit., 96.

<sup>37</sup> Sobre la inadecuación de la fecha véase P. LUDLOW, “Did we ever really understand how the EU works?”, en *LSE Brexit 2020*, 26.6.2019 (<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/06/26/did-we-ever-really-understand-how-the-eu-works/>).

El mismo día, el Consejo Europeo informó que había recibido la notificación. Un mes más tarde aprobó las orientaciones sobre las negociaciones con el Reino Unido y el 22 de mayo el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión por la que autorizaba a la Comisión a negociar con la Albión. El recurso contra el último acto jurídico dio lugar a la sentencia por la que el Tribunal General confirmaba el carácter unilateral de la decisión del Reino Unido de abandonar la Unión, a la que nos hemos referido antes. Sobre la notificación y sus consecuencias J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 48, 31 de mayo de 2017, 2 s./18.

<sup>38</sup> Respecto a estos plazos, ARENAS, “El brexit infinito o el ángel exterminador”, cit., 2 ss./18.

<sup>39</sup> Véase una crítica a esta norma en A. SINCLAIR y J. TOMLINSON, “Brexit Delegated Legislation: Problematic Results”, en el blog de la *UK Constitutional Law Association*, de 9.1.2020 (<https://ukconstitutionallaw.org/2020/01/09/alexandra-sinclair-and-joe-tomlinson-brexit-delegated-legislation-problematic-results/>). Entre otros aspectos señalan que la amplitud de la delegación de poderes que esta ley contiene ha generado problemas de técnica legislativa, mala praxis del Gobierno y errores varios. Véase también LÓPEZ BASAGUREN, *loc. cit.*, 128 ss.

*Communities Act 1972*; norma por la que el Reino Unido se incorporó a las Comunidades Europeas y que otorgaba primacía al ordenamiento comunitario sobre el británico. Por otra, incorpora todo el acervo europeo al Derecho interno y, para evitar lagunas y conflictos normativos, autoriza a los ministros para aprobar las normas de desarrollo necesarias<sup>40</sup>. Segundo, las naciones que conforman Gran Bretaña deberían pactar la distribución de las competencias que habían sido cedidas a la Unión Europea y que habían sido recuperadas. Aunque Theresa May afirmó que su país honraría su nombre y se mantendría cohesionado, puede leerse entre líneas que la negociación no será fácil. Y tercero, el Reino Unido quería un acuerdo con la Unión Europea que garantizase una relación estrecha en materia de seguridad y economía. Sugería unos principios para la negociación entre los que destacaba la anteposición de los derechos de los ciudadanos, prestar una atención especial a la relación con Irlanda, a fin de preservar los Acuerdos de Viernes Santo (1998), y continuar trabajando conjuntamente para avanzar y proteger los valores europeos comunes.

### 3. Negociación del Acuerdo de Retirada

**19.** El art. 50 TUE canaliza la salida del Estado miembro a través de un Acuerdo. Su finalidad es cerrar las cuestiones pendientes generadas por la pertenencia del país en cuestión a la Unión Europea. Es lo que el precepto referido denomina “la forma de su retirada”; de ahí que se conozca como “Acuerdo de Retirada”. Ahora bien, también dispone que deberán tenerse en cuenta las relaciones futuras entre estos dos actores, lo que ha generado dudas sobre si podían incluirse ambas cuestiones en un único convenio o debían separarse, de modo que junto al Acuerdo de Retirada existiría otros (u otros) sobre las relaciones futuras. La conclusión del primero exige una negociación, cuyo protagonista es el Consejo Europeo, por parte de la Unión. De un lado, el art. 50 dispone que negocia y celebra el Acuerdo de Retirada en nombre de la Unión. De otro, el art. 218.3 TFUE, al que aquel se remite, le apodera para autorizar su apertura y designar al negociador o al jefe del equipo negociador. Igualmente, permite a la Comisión hacer recomendaciones. La aprobación del Acuerdo de Retirada precisa la previa aquiescencia del Parlamento Europeo y mayoría cualificada en el Consejo conforme al art. 238.3 TFUE.

**20.** En caso de que las partes no alcancen pacto alguno, la salida se producirá a los dos años de la notificación de la intención de abandonar la Unión Europea. Con todo, el Consejo Europeo puede conceder, por unanimidad, una prórroga. En el caso del brexit, los dos años terminaron el 29 de marzo de 2019, pero hubo tres prórrogas debido a que el Parlamento británico rechazó tres veces la propuesta de Acuerdo negociada por Theresa May y prohibió que Boris Johnson permitiera la retirada del Reino Unido sin acuerdo<sup>41</sup>. El 21 de marzo de 2019 el Consejo Europeo aprobó la primera moratoria hasta el 22 de mayo de 2019, si el Reino Unido aprobaba la propuesta de su *Premier*, y hasta el 12 de abril de 2019, si no lo hacía. Dos días antes de la última fecha, se consensuó un nuevo aplazamiento, que finiquitaba el 31 de octubre de 2019. Y el 25 de octubre de 2019 se pospuso de nuevo la fecha definitiva hasta el 31 de enero de 2020.

**21.** Las negociaciones del brexit tienen importancia para entender y valorar el Acuerdo finalmente aprobado. Su resultado se explica por las Directrices que las dos partes dieron a los negociadores. El principal objetivo del Reino Unido era recuperar su “soberanía” y sustraerse al dictado de la Unión Europea<sup>42</sup>. Así, las prioridades del Gobierno británico eran recuperar el control sobre la inmigración,

<sup>40</sup> Al respecto véase el informe preparado por el *Department for Exiting the European Union: Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union*, March 2017 ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/604514/Great\\_repeal\\_bill\\_white\\_paper\\_print.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604514/Great_repeal_bill_white_paper_print.pdf)).

<sup>41</sup> Sobre las prórrogas, ARENAS, “El brexit infinito o el ángel exterminador”, cit., 6 s./18,

<sup>42</sup> J.M. GONZÁLEZ PÁRAMO y A. GARCÍA SERRADOR, “Las consecuencias económicas del bréxit”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 84-85, 2020 72; R. ARENAS GARCÍA, “A short comment on ‘The Future Relationship Between the United Kingdom and the European Union’ (Chequers Plan)”, en *Blogdroiteuropeen*, 9 de octubre de 2018 (<https://blogdroiteuropeen.com/2018/10/09/a-short-comment-on-the-future-relationship-between-the-united-kingdom-and-the-european-union-chequers-plan-by-rafael-arenas-garcia/>) y ARENAS “El brexit infinito o el ángel exterminador”, cit., 4/18, quien

dirigir la política comercial exterior, a fin de llegar a acuerdos comerciales con terceros países, y liberar a los jueces y tribunales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>43</sup>. Igualmente deseaba limitar su contribución a los presupuestos europeos.

22. El Consejo Europeo aprobó las Directrices para la negociación en la reunión de 29 de abril de 2017<sup>44</sup>. En ellas establecía, de forma implícita, diversos principios básicos y fijaba el contenido que debería tener el Acuerdo de Retirada. Los principios que se desprendían de las orientaciones generales y de las directrices del Consejo eran siete<sup>45</sup>. El primero era el de salida ordenada. Interesaba a las dos partes reducir al mínimo las incertidumbres y trastornos, así como hacer todo lo posible para alcanzar un pacto en el que se tuvieran en cuenta todos los intereses en juego. El segundo era el principio de unidad y se predicaba de la Unión Europea: los veintisiete actuarían de forma concertada, con una sola voz<sup>46</sup>. La transparencia y la inclusividad también presidieron la negociación por parte del equipo de la Unión. La comisión negociadora se reunió con todos los interesados, disfrutó de un alto grado de confianza por su parte y puso a disposición del público todos los documentos relevantes sobre la negociación<sup>47</sup>. El cuarto principio era el de integridad del mercado único: las cuatro libertades comunitarias eran y son indisociables. La Unión no permitió que el Reino Unido, ni cuando era Estado Miembro ni de cara a las relaciones futuras, eligiera unas y desechara las demás (*no cherry picking*)<sup>48</sup>. Otra máxima que ha devenido esencial en la negociación, sobre todo por la contraposición de opiniones al respecto, ha sido el principio de enfoque progresivo. Frente a la pretensión de Theresa May de negociar conjuntamente la salida y las relaciones futuras, la Unión Europea interpretó el art. 50 TUE en el sentido que primero debía negociarse la retirada y después el vínculo futuro. El sexto principio era el de cooperación leal. El artículo 4 TUE obliga a los países que pertenecen a la organización a colaborar lealmente, respetarse y asistirse. Dado que el Reino Unido continuaba siendo Estado miembro hasta que fuera efectiva su retirada, continuaba obligado por el acervo comunitario; incluido el art. 4 TUE. El último principio era el de disponibilidad: el Reino Unido pudo retirar unilateralmente la notificación de su intención de abandonar la Unión hasta el momento en que ésta se hiciera efectiva. El único límite era la obligación de cooperar lealmente.

se muestra muy crítico con la perspectiva británica, pues considera que siempre fue a remolque, y no precisamente de forma acertada, de las propuestas comunitarias.

<sup>43</sup> Respecto de la política comercial exterior, A. DASTIS (*loc. cit.*, 3/6) manifiesta estar “perplejo” ante el hecho de que el Reino Unido reclamara su libertad en ese ámbito y se viera obligado a concluir un acuerdo comercial preferencial con la Unión Europea. No compartimos la crítica del ex Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación español puesto que el Reino Unido no estaba obligado a llegar a ningún acuerdo al respecto. Simplemente a negociar con la Unión Europea de forma leal. Recuerden que el art. 50 TUE contempla la posibilidad de que no se llegue a ningún acuerdo entre la Unión y el Estado miembro que desea abandonarla.

<sup>44</sup> <https://www.consilium.europa.eu/media/21763/29-euco-art50-guidelinesen.pdf>. La profesora MANGAS (“Las enseñanzas del bréxit”, cit., 97) mantiene que se trata de un acto jurídico obligatorio para el Consejo, para la delegación negociadora y para los Estados Miembros. Véase también su “Cuestiones jurídicas del Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación”, cit., 828 s.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el 15 de diciembre de 2017 y el 29 de enero de 2018, el Consejo Europeo adoptó nuevas y complementarias directrices de negociación y que el 23 de marzo de 2018 aprobó nuevas orientaciones respecto de las relaciones futuras.

<sup>45</sup> Han sido enunciados por el profesor Xavier Pons a partir de las orientaciones generales adoptadas por el Consejo Europeo y las directrices de negociación adoptadas por el Consejo. *Vid.* X. PONS RAFOLS, “La Unión Europea y las negociaciones del Brexit: del temor al efecto contagio a un hastiado cierre de filas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 23 s.

<sup>46</sup> Allan Tatham explica que Theresa May intentó negociaciones bilaterales con los Estados Miembros que le eran más afines. Por fortuna, fracasó. Sin embargo, el intento evidencia un gran desconocimiento por parte del equipo de la *Premier* británica sobre cómo funcionan las instituciones de la Unión y cómo se articulan y defienden sus intereses. Véase A. TATHAM, “El largo y sinuoso camino: un análisis de la negociación del Brexit desde la perspectiva británica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 34. En el mismo sentido, J. RYAN, “British Exceptionalism Causes Brexit Conundrum”, *The Economists' Voice*, 16(1), 2019, 3 ss./14 y LUDLOW, *op. cit.*

<sup>47</sup> Contrasta con la política de opacidad de Theresa May, como refleja su discurso de 17 de enero de 2017: “Estamos a punto de empezar una negociación. Esto significa que habrá un tira y afloja. Ambas partes tendrán que hacer concesiones. Será necesario que ambas partes le echen imaginación. Y no todo el mundo podrá saberlo todo en todo momento”.

<sup>48</sup> Con todo, el informe del HM Government, *The best of both worlds: The United Kingdom's special status in a reformed European Union*, cit., sugiere que sí se iba a permitir. Véase la nota 4.

**23.** En cuanto al contenido del Acuerdo de salida, había tres temas que se consideraban esenciales<sup>49</sup>. El primero era los derechos de los ciudadanos europeos residentes en el Reino Unido y de los británicos en alguno de los veintisiete Estados Miembros. Las dos partes deseaban que pudieran continuar disfrutando de ellos<sup>50</sup>. El segundo extremo crucial era el “acuerdo financiero único” (*single financial settlement*); es decir, el cumplimiento de las obligaciones y deberes financieros contraídos por el Reino Unido y la Unión Europea durante la pertenencia del primero a la segunda<sup>51</sup>. Y el tercero era la cuestión irlandesa. Había que preservar los Acuerdos de Viernes Santo de 1998, evitar una frontera rígida entre el Reino Unido (Irlanda del Norte) e Irlanda, mantener la llamada “zona de viaje común” entre ambas y la integridad del mercado único<sup>52</sup>.

**24.** Aunque no tuvieran tanto protagonismo (mediático), las negociaciones debían abordar otros extremos. Las Directrices del Consejo Europeo revelan que se deseaba minimizar el impacto del brexit en las relaciones empresariales en curso y en la participación del Reino Unido en programas financiados por la Unión Europea<sup>53</sup>. Igualmente, se quería seguir cooperando estrechamente, sobre todo en materia judicial, en seguridad y en el cumplimiento de la ley. También era motivo de preocupación la pertenencia del Reino Unido a los acuerdos, convenios y tratados concluidos por la Unión durante la membresía del primero. El Consejo Europeo confiaba en que continuaría honrando los compromisos asumidos al respecto. Otro de los aspectos que debían negociarse era los procedimientos judiciales y administrativos pendientes ante el Tribunal de Justicia y los organismos comunitarios<sup>54</sup>. Las Directrices pedían garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato. Asimismo se deseaba facilitar el traslado de las sedes de las agencias europeas y llegar a un acuerdo sobre las zonas de soberanía británica en Chipre; sobre todo, para proteger los derechos de los ciudadanos europeos que residen o trabajan en ellas<sup>55</sup>. El último aspecto, pero no por ello menos importante ni conflictivo, era la gobernanza del Acuerdo. Debían adoptarse mecanismos para garantizar su cumplimiento y la solución de los conflictos que pudiera generar su interpretación y aplicación. El principal escollo era el papel del Tribunal de Justicia. Como hemos visto,

<sup>49</sup> De ahí que se formaran los siguientes grupos de negociación: a) derechos de los ciudadanos; b) acuerdos financieros; c) diálogo sobre Irlanda e Irlanda del Norte y d) otros temas de la separación. Véase las Directrices del Consejo Europeo de 19 de junio de 2017.

<sup>50</sup> En las Directrices de 22 de mayo de 2017, el Consejo de la Unión Europea pide que “(s)uch guarantees must be effective, enforceable, non-discriminatory and comprehensive, including the right to acquire permanent residence after a continuous period of five years of legal residence. Citizens should be able to exercise their rights through smooth and simple administrative procedures”. Pueden consultarse en <https://www.consilium.europa.eu/media/21766/directives-for-the-negotiation-xt21016-ad01re02en17.pdf>

<sup>51</sup> Existían tres principios básicos al respecto. Primero, ningún Estado Miembro debería pagar más o recibir menos a causa del brexit. Segundo, el Reino Unido debía asumir el pago de su parte proporcional de los compromisos asumidos durante su pertenencia. Y tercero, no debería pagar más ni antes de lo que hubiera hecho de haber seguido siendo un Estado Miembro.

<sup>52</sup> FEÁS, ANCHUELO y STEINBERG (*op. cit.*, 3/5) identificaron cuatro exigencias innegociables. Primero, Irlanda del Norte debía tener la misma regulación sanitaria para productos agroalimentarios que la UE. En caso contrario, por ejemplo, podría importarse pollo clorado a través de ese país británico y posibilitar que circulara libremente por la Unión, cosa que era contraria al Derecho comunitario. La misma exigencia, y por la misma razón, se predicaba de la regulación técnica para productos industriales. Igual sucedía con el régimen arancelario: Irlanda del Norte debía aplicar el de la Unión Europea para evitar que productos sujetos a arancel o cuota entraran a través suyo en Europa sin control arancelario. E idéntico era el problema con el IVA comunitario: si Irlanda del Norte no aplicaba la normativa comunitaria, no se podría saber si los bienes que circulaban por la Unión habían satisfecho este impuesto o había que devolver el IVA de una exportación.

Alfonso DASTIS (*op. cit.*, 4/6) consideraba que no era posible cumplir los deseos del Reino Unido: “En definitiva el Reino Unido estaría ante un trilema imposible de resolver. En efecto, no es posible al mismo tiempo salir de la unión aduanera y el mercado interior, mantener la unidad interna del Reino Unido e Irlanda del Norte, y proteger el Acuerdo del Viernes Santo que excluye una frontera entre Irlanda e Irlanda del Norte”.

<sup>53</sup> El Consejo de la Unión Europea profundizó al respecto en el documento 21009/17 BXT 16 ADD 1. Pidió que las mercancías puestas en el mercado antes del brexit conforme al Derecho comunitario pudieran continuar circulando.

<sup>54</sup> En el documento referido, el Consejo de la Unión Europea pedía que el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y actos administrativos pronunciadas antes de la salida del Reino Unido quedasen sometidas a las normas comunitarias vigentes a esa fecha.

<sup>55</sup> Además el Consejo de la Unión Europea consideraba necesario que se incluyeran normas para proteger los bienes y activos de la Unión, de sus organismos y personal conforme a su Derecho; sobre todo conforme al Protocolo 7 de los Privilegios e Inmidades del Derecho de la UE. Véase el documento 21009/17 BXT 16 ADD 1.

una de las líneas rojas de los negociadores británicos era “liberar” a los jueces y tribunales británicos del “yugo” de la jurisprudencia europea. Pero Bruselas deseaba que esa institución constituyera la garantía de los derechos de los ciudadanos europeos en territorio británico y viceversa.

**25.** A pesar del principio de enfoque progresivo, las Directrices del Consejo Europeo también se refieren a las relaciones futuras. La institución comunitaria se mostraba partidaria de un acuerdo de libre comercio amplio, ambicioso y equilibrado, pero recordó que no podía comportar la participación selectiva en el mercado único. Deseaba ir más allá del comercio y esperaba cerrar un acuerdo de colaboración en materia de lucha contra el terrorismo, seguridad, defensa y política exterior. Mostraba su preocupación acerca de la deslealtad (en materia de competencia, impuestos, derechos de los trabajadores, medioambiente y medidas reguladoras) y solicitaba garantías al Reino Unido al respecto (el llamado “*level playing field*”). Al igual que el Acuerdo de Retirada, cualquier acuerdo sobre relaciones futuras debería contar con un régimen de gobernanza que velase por su cumplimiento y la resolución de los desacuerdos que pudieran surgir. Por último, existía una referencia expresa a Gibraltar. Una vez el Reino Unido abandonase la Unión Europea, ningún acuerdo entre ambos se aplicaría al territorio de Gibraltar sin la conformidad de España.

**26.** Conviene detenerse, siquiera brevemente, en el dilema de la relación entre el Acuerdo de Retirada y el (o los) relativos a las relaciones futuras. Como hemos apuntado, el art. 50.2 TUE dispone que la Unión negociará y celebrará el primero “teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión”. La parquedad de este precepto ha dado lugar a tres interpretaciones<sup>56</sup>. La primera era consensuar un único instrumento normativo que diera una solución a las situaciones pendientes y también regulara los lazos futuros entre la Unión y el Reino Unido. Fue la opción que propuso el último y cuenta con el respaldo de los argumentos siguientes. Una única negociación suavizaría la salida del Estado miembro pues sería consciente de cuál sería el porvenir de su vínculo con la Unión<sup>57</sup>. Además, si se quisiera regular sólo la retirada, no hubiera sido necesario ordenar la conclusión de un acuerdo, sino que se podría haber fijado en el Derecho primario, igual que sucede con el ingreso de un nuevo miembro<sup>58</sup>. Asimismo, el art. 50 TUE se remite al art. 218 TFUE al regular el acuerdo de salida, con lo cual se puede argumentar que el primero ordena que se busque una solución a las situaciones de pendencia, pero no prohíbe que también se regulen las relaciones futuras<sup>59</sup>. Por último, puede ser difícil separar estas dos cuestiones; por ejemplo, es lo que sucede cuando se resuelve una cuestión transitoria con una solución permanente (los derechos de los ciudadanos europeos que residen en el Reino Unido)<sup>60</sup>.

**27.** La segunda interpretación consistía en separar los dos acuerdos, pero negociarlos coetáneamente. A su favor juega su acomodo a la literalidad del art. 50 TUE, pues ordena negociar y concluir un convenio sobre la retirada del Estado miembro, pero no dice lo mismo respecto de las relaciones futuras, que sólo deben tenerse en cuenta<sup>61</sup>. Y hay un segundo argumento clave: los procedimientos y mayorías son diferentes<sup>62</sup>. El art. 50.2 dispone que el Acuerdo de Retirada debe ser sancionado por el Consejo por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. En cambio, los arts. 207 y 218 TFUE,

<sup>56</sup> Véase DIXON, *op. cit.*, 925 s y A. LAZOWSKI, “Procedural steps towards Brexit”, *Centre for European Policy Studies (ceps. eu)*, 13.7.2016, 3/5, quien ha subrayado la parquedad del precepto y la disparidad entre el procedimiento de ingreso y el de retirada. El propio Gobierno británico afirmaba que la cuestión no estaba clara. El art. 50 TUE no especificaba suficientemente qué cuestiones de las relaciones futuras podían incluirse dentro del Acuerdo de Retirada, mas reconocía que los detalles deberían aparecer en otro tratado entre las dos partes. También afirmaba que no estaba claro si se podían negociar los dos acuerdos simultáneamente o debía hacerse sucesivamente, abordando el de las relaciones futuras una vez aprobado el de salida. Véase el HM Government: *The process for withdrawing from the European Union*, *cit.*, pág. 10.

<sup>57</sup> LAZOWSKI, “Procedural steps towards Brexit”, *cit.*, 3/5.

<sup>58</sup> LAZOWSKI, *loc. cit.*, 3/5.

<sup>59</sup> LAZOWSKI, *op. cit.*, 4/5.

<sup>60</sup> H. FLAVIER y S. PLATON, “Brexit: a tale of two agreements”, *European Law Blog*, 30.8.2016, 5/20.

<sup>61</sup> ASÍ LÓPEZ BASAGUREN, *op. cit.*, 118 y A. EKA, “Article 50 TEU: Legal Basis for Future Relations?”, *Verfassungsblog on matters constitutional*, 28.10.2019.

<sup>62</sup> FLAVIER y PLATON, *loc. cit.*, 4s/20 y EKA, *loc. cit.*

aplicables en función de que el pacto de las relaciones futuras se enmarque dentro de la política comercial común o lo desborde, exigen la unanimidad, en determinados supuestos, dentro del Consejo. Y en caso de que se trata de un acuerdo mixto, que los Estados miembros lo ratifiquen.

**28.** La tercera posibilidad coincidía con la segunda en separar la retirada de las relaciones futuras, pero exigía que se negociaran sucesivamente. Era la propuesta de Donald Tusk y fue la que finalmente triunfó debido a que sólo cabe hablar de relaciones futuras con terceros Estados, no con los que pertenecen a la organización<sup>63</sup>. Por lo tanto, no se podían negociar con el Reino Unido, conforme al art. 50.3 TUE, hasta que no abandonara la Unión. También se ha argumentado que el tema principal es la retirada de la Unión Europea, por lo que debe ser negociada y regulada con carácter preferente sobre las relaciones futuras. Con todo, la afirmación no es tan obvia como parece y necesita mayor justificación<sup>64</sup>. Y un tercer argumento, de corte práctico, es que concede más tiempo para la negociación, pues durante los dos años posteriores a la notificación, las partes pueden centrarse en resolver las cuestiones pendientes y dejar para más adelante sus lazos futuros.

#### 4. Crisis constitucional y política en el Reino Unido

**29.** Las negociaciones sobre la salida provocaron una crisis en el Reino Unido que tiene, como mínimo, dos frentes: uno constitucional y otro político. En cuanto al primero, las conversaciones generaron importantes desencuentros entre el Gobierno y el Parlamento<sup>65</sup>. Existieron cuatro episodios muy sonados. El primero fue la participación del legislativo en la notificación de la intención de abandonar la Unión Europea, al que ya nos hemos referido. Interesa apuntar que generó tensión entre las naciones que conforman el Reino Unido respecto de la participación de los parlamentos escocés, galés y norirlandés en el proceso de notificación.

**30.** El segundo episodio fue la confrontación entre el presidente de la Cámara de los Comunes, John Bercow, y los primeros ministros británicos. El enfrentamiento más célebre fue la oposición del primero a permitir que se votaran las propuestas de Acuerdo de retirada. El 18 de marzo de 2019 impidió, inicialmente, que se votara por tercera vez la propuesta de Acuerdo de retirada que Theresa May había consensuado con el Consejo Europeo. Alegó que era sustancialmente la misma que se había votado con anterioridad y que una *convention* de 1604 no permitía repetir una cuestión ya rechazada. Y lo mismo sucedió el 21 de octubre de 2019 con la segunda votación del proyecto de Boris Johnson<sup>66</sup>.

**31.** El tercer conflicto tiene por objeto la votación de las propuestas de Acuerdo de Retirada que los primeros ministros británicos habían negociado con el Consejo Europeo<sup>67</sup>. El Parlamento británico rechazó las de Theresa May, lo que llevó a la Primera Ministra británica a presentar su dimisión. No fueron mejores las relaciones con su sucesor, Boris Johnson, hasta que ganó las elecciones generales

<sup>63</sup> TATHAM, *loc. cit.*, 35.

Ahora bien, en diciembre de 2018 el Consejo Europeo consideró que se había avanzado suficientemente en las negociaciones sobre el Acuerdo de Retirada con lo que se podía empezar con las relaciones futuras (Directrices de 15 de diciembre de 2017, EUCO XT 20011/17). Con todo, advirtió que solo se podría seguir adelante si las negociaciones sobre el primero eran respetadas y se plasmaban en normas jurídicas.

<sup>64</sup> DIXON, *op cit*, 905.

<sup>65</sup> BUSTOS, *op. cit.*, 41 y 45 y SATRÚSTEGUI, *op. cit.*, 52, quien explica la crisis en clave de tensión entre el Parlamento y la voluntad popular (referéndum). Igualmente, CASTELLÁ, *op. cit.*, 302, quien afirma que el referéndum choca con la tradición de la soberanía parlamentaria, pero afirma que ha encontrado su encaje constitucional. También destaca la importancia del control parlamentario en el *brex*it J. SIMSON CAIRD, “The European Union (Withdrawal Agreement) Bill and the Rule of Law”, en el blog de la *UK Constitutional Law Association*, de 16.1.2020.

<sup>66</sup> [<sup>67</sup> J. RYAN critica duramente la aproximación de Theresa May al \*brex\*it en su artículo: “British Exceptionalism Causes Brexit Conundrum”, \*cit.\*, 11/14. Afirma que realizó errores tácticos y estratégicos \(3 y 7/14\). Y no sale mejor parado Boris Johnson \(11 s/14\)](https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/21/john-bercow-denies-boris-johnson-second-vote-on-brex</a>it-deal.</p>
</div>
<div data-bbox=)

el 12 de diciembre de 2019. El último caso que merece comentarse es la suspensión (*prorrogation*) del Parlamento británico a principios de septiembre de 2019<sup>68</sup>. Boris Johnson impuso esta medida, a través de la Reina, para impedir el debate en el legislativo sobre el Acuerdo de Retirada y sobre la necesidad de pedir una nueva prórroga. La *High Court of England and Wales* y la *Inner House of the Court of Session in Scotland* resolvieron recursos formulados contra esta decisión de forma contradictoria: mientras que el primer órgano consideraba que el tema no era enjuiciable, el segundo consideró ilegal la suspensión. El 24 de septiembre de 2019 el Tribunal Supremo británico declaraba que la suspensión del Parlamento era contraria a la constitución y, por lo tanto, nula<sup>69</sup>.

**32.** La crisis no fue sólo constitucional sino también política. David Cameron dimitió el 13 de julio de 2016 a raíz del resultado del referéndum de 2016. Le sucedió su Ministra del Interior, Theresa May. La negociación con la Unión Europea no fue fácil. Sin embargo, al final consensuaron un Proyecto de Acuerdo de Retirada y una Declaración Política en noviembre de 2018<sup>70</sup>. Pero, el Parlamento británico tenía la última palabra en virtud de la *section 13* de la *European Union (Withdrawal) Act 2018*. Y se negó a aprobar la propuesta en tres ocasiones: el 15 de enero de 2019 por una diferencia de doscientos treinta votos (432 - 202), el 12 de marzo de 2019 por ciento cuarenta y nueve (319 - 242) y el 29 de marzo de 2019 por cincuenta y ocho (344 - 286). El último resultado determinó su dimisión, que hizo efectiva el 24 de julio de 2019.

**33.** Boris Johnson sucedió a Theresa May al frente del Gobierno británico y del Partido conservador<sup>71</sup>. Decidido a conseguir la salida del Reino Unido al precio que fuera (“*due or die*”<sup>72</sup>), se encontró con la oposición del Parlamento británico, que se negó a aceptar un brexit duro. Negoció con el Consejo Europeo la modificación del Acuerdo consensuado con Theresa May. El cambio afectaba al llamado *backstop* irlandés y fue fácilmente aceptado por la Unión dado que coincidía sustancialmente con la propuesta original de Michel Barnier, jefe de la Comisión que negocia con el Reino Unido (*Task Force for Relations with the European Kingdom*)<sup>73</sup>. Pero el Parlamento británico rechazó la tramitación urgente de la propuesta y obligó al *Premier* británico a solicitar una nueva prórroga<sup>74</sup>. El resultado fue la convocatoria de elecciones generales que se celebraron el 12 de diciembre de 2019. El Partido Conservador resultó ganador con un 43,6% de los votos. Boris Johnson conseguía así una mayoría (365 escaños de 650 posibles) en el legislativo que le permitiría seguir adelante con su plan de abandonar definitivamente la Unión Europea.

<sup>68</sup> Véase mi entrada “Suspensión del Parlamento: *Supreme Court vs Boris Johnson*”, en el blog *Brexit y libertad de establecimiento: aspectos societarios, fiscales y de extranjería*, 6.10.2019 (<http://blogs.uab.cat/litigacioint11/2019/10/06/suspension-del-parlamento-supreme-court-vs-boris-johnson/>).

<sup>69</sup> *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, [2019] UKSC 41 (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>).

<sup>70</sup> TATHAM, “El largo y sinuoso camino: un análisis de la negociación del Brexit desde la perspectiva británica”, cit., 36 y ARENAS, “El brexit infinito o el ángel exterminador”, cit., 6/18.

<sup>71</sup> TATHAM, *loc. cit.*, 37 y SATRÚSTEGUI, *loc. cit.*, 56.

<sup>72</sup> Véase A. ROBINSON: “Boris Johnson: ‘hacer o morir’ o ‘no hacer y morir’”, *La Vanguardia*, 25.7.2019 (<http://blogs.lavanguardia.com/diario-itinerante/boris-johnson-hacer-o-morir-o-no-hacer-y-morir-34077>).

<sup>73</sup> FEÁS, ANCHUELO y STEINBERG, *op. cit.*, 3/5.

Esencialmente se pactó que Irlanda del Norte siguiera estando regida por un conjunto limitado de normas de la Unión, de modo que se controlarían las mercancías procedentes de Gran Bretaña al entrar en la isla pero no en la frontera con la República de Irlanda. Se conseguía evitar así una frontera terrestre. Por otra parte, Irlanda del Norte formaría parte de todos los futuros acuerdos comerciales del Reino Unido, pero su Asamblea tendría derecho a votar sobre la conveniencia de mantener o no los convenios en vigor durante periodos de cuatro o de ocho años.

<sup>74</sup> Genio y figura, Boris Johnson envió tres cartas al Consejo Europeo en cumplimiento de sus obligaciones. En la primera solicitaba una prórroga en las negociaciones hasta el 31 de enero de 2020. La emitió en su condición de Primer Ministro, mas no la firmó. La segunda carta recogía la llamada *Benn Act (European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019)*, que le obligaba a solicitar la extensión del periodo. La tercera misiva estaba dirigida a Donald Tusk y sí estaba firmada. Explicaba que no era favorable a la prórroga pues perjudicaría los intereses tanto del Reino Unido como de los veintisiete. Véase M. KHAN y G. PARKER: “Boris Johnson asks for Brexit extension in 3 letters”, *Financial Times*, 20.10.2019 (<https://www.ft.com/content/d9ec648a-f2bc-11e9-b018-3ef8794b17c6>).

## 5. Aprobación del Acuerdo de Retirada

34. El 23 de enero de 2020 el Parlamento británico aprobó el Acuerdo de Retirada y la *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*. Al día siguiente fue firmado en Londres. El Gobierno británico depositó el instrumento de ratificación el 29 de enero. Ese mismo día el Parlamento Europeo aprobaba el Acuerdo y un día más tarde el Consejo Europeo lo ratificaba<sup>75</sup>. Se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea L 29, de 31 de enero de 2020 y entró en vigor al día siguiente, el 1 de febrero de 2020, conforme a su artículo 185<sup>76</sup>.

### III. Presente: el Acuerdo de Retirada

#### 1. Introducción

35. El Reino Unido dejó de ser miembro de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica el 1 de febrero de 2020. Sin embargo, el cambio que este hecho produce tendrá que esperar pues el Acuerdo de Retirada mantiene el *statu quo* anterior hasta el 31 de diciembre de 2020. Es decir, la solución convenida ha sido la aplicación del Derecho de la Unión al y en el Reino Unido, considerándolo como un Estado miembro más hasta la fecha citada.

36. El Acuerdo de Retirada es una norma extensa, pues contiene 185 artículos estructurados en seis partes: disposiciones comunes, derechos de los ciudadanos, disposiciones sobre la separación, transición, disposiciones financieras y disposiciones institucionales y finales. Hay que sumar tres protocolos, que abordan tres situaciones particulares: la relación entre Irlanda e Irlanda del Norte, las zonas de soberanía británica en Chipre y Gibraltar; y nueve anexos<sup>77</sup>. Tiene una naturaleza *sui generis*. Podríamos considerarlo como un tratado o convenio internacional, pues es un acuerdo entre la Unión Europea y un Estado. Además, el procedimiento de negociación es el propio de este tipo de normas. Así resulta del art. 50 TUE, que se remite al art. 218.3 TFUE. Este precepto regula el procedimiento de negociación de los acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales. Pero su apartado 3.º se limita a establecer que, a instancias de la Comisión, el Consejo decidirá la apertura de negociaciones y designará al negociador o al jefe del equipo de negociación. Además, el Acuerdo de Retirada presenta unas características especiales. En primer lugar, porque la contraparte no es un tercer país sino un Estado miembro<sup>78</sup>. Segundo, su objeto está predeterminado. De acuerdo con el art. 50 TUE, es la forma en que un país abandona la Unión, debiendo tenerse en cuenta las relaciones futuras entre ambos. Tercero, contiene unas normas específicas sobre su interpretación, aplicación y resolución de controversias. Y cuarto, se aprueba por mayoría absoluta, conforme al art. 238.3.b) TFUE, con independencia de su contenido<sup>79</sup>. Procedemos a comentarlo sucintamente, dado que su extensión nos obliga a centrarnos en los aspectos claves, sin poder entrar en los detalles.

<sup>75</sup> Como explica el profesor ARENAS (“El brexit infinito o el ángel exterminador”, cit., 1 s./18), el acuerdo fue concluido entre el Reino Unido y la Unión Europea en noviembre de 2018, con la aprobación por mayoría cualificada del Consejo, determinada conforme al art. 238.3 TFUE y sin incluir en el cómputo a la Albión.

La profesora MANGAS (“Cuestiones jurídicas del Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación”, cit., 825) subraya que no es un acuerdo mixto, por lo que no requiere la ratificación de los Parlamentos nacionales. Igualmente, M. LÓPEZ ESCUDERO, “El incierto significado del ‘Brexit’”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 64, 2016, 15.

<sup>76</sup> Véase *infra* § III.7. Gobernanza.

<sup>77</sup> Vid. R. ARENAS GARCÍA, “Las claves del brexit”, *Ataraxia*, 1 de diciembre de 2018 (<https://ataraxiamagazine.com/2018/12/01/las-claves-del-brexit/>).

<sup>78</sup> La profesora MANGAS subraya que es un acuerdo propio de la Unión que se negocia y acuerda bajo la ficción jurídica de que el Reino Unido es un tercer Estado, a pesar de que continúa siendo miembro. Véase su “Cuestiones jurídicas del Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación”, cit., 825.

<sup>79</sup> Así lo subraya HILLION, *op. cit.*, 224.

## 2. Disposiciones comunes

**37.** La Primera Parte (arts. 1 a 8) contiene las disposiciones generales que establecen su objeto, las definiciones, el ámbito de aplicación territorial, los principios y métodos relativos a sus efectos, ejecución e interpretación, la obligación de actuar de buena fe y cooperar lealmente<sup>80</sup>. Merece destacarse que otorga eficacia directa al Acuerdo, en el sentido de que es directamente invocable por los nacionales británicos y los ciudadanos de la Unión Europea (art. 4.1), y prima sobre las normas jurídicas británicas (art. 4.2). Las disposiciones que se refieren al Derecho comunitario, deben interpretarse conforme a éste y a la jurisprudencia del TJUE dictada antes de que acabe la fase transitoria.

**38.** Se presta especial atención al acceso a las redes, sistemas de información y bases de datos de la Unión. El art. 8 del Acuerdo fija la norma general: al terminar el periodo transitorio el Reino Unido dejará de tener acceso a ellas y deberá tomar medidas para garantizar que no puede utilizarlas. Sin embargo, a lo largo del articulado aparecen las siguientes excepciones: el cumplimiento de obligaciones del régimen aduanero (art. 50), el cumplimiento de las obligaciones relativas al IVA e impuestos especiales sobre bienes que hayan sido expedidos o hayan circulado entre el Reino Unido y algún Estado miembro, y viceversa, antes del 31 de diciembre de 2020 (art. 53), así como los procedimientos de cooperación administrativa entre los Estados Miembros y el Reino Unido (art. 99.3).

## 3. Derechos de los ciudadanos

**39.** Los arts. 9 a 39 regulan los derechos de los ciudadanos de la Unión en el Reino Unido y de los nacionales británicos en los veintisiete Estados miembros<sup>81</sup>. Su finalidad es garantizarles los derechos de residencia, trabajo y acceso a las prestaciones de la Seguridad Social durante toda la vida<sup>82</sup>. Pero no sólo a ellos; también sus familiares podrán disfrutar de los mismos. Así lo establecen los arts. 9 y, sobre todo, 10, que delimitan el ámbito de aplicación personal. Otorgan las potestades referidas a los ciudadanos de la Unión que hayan ejercido su derecho de residencia en el Reino Unido antes de la finalización del periodo transitorio y sigan residiendo en él después. También a los nacionales británicos que hayan hecho lo mismo en algún Estado Miembro. La letra e) del art. 10.1 extiende esos derechos a sus familiares. Están delimitados en la letra a) del art. 9 y deben haber residido en el Estado de acogida antes del final del periodo transitorio y continuar residiendo en él; o bien hallarse en alguna de las tres situaciones previstas en la letra e) del art. 10.1. Cabe añadir que se dedica una atención especial a los trabajadores fronterizos, que tanta importancia tienen en el caso de Gibraltar.

**40.** El Título II (“Derechos y obligaciones”) tiene por objeto los derechos de residencia y trabajo, tanto por cuenta ajena como propia, así como el reconocimiento de las cualificaciones profesionales. El artículo 13 otorga el primero en el Estado de acogida a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales británicos y a sus familias. No es un derecho absoluto, sino que está sometido a los límites previstos en el TFUE y en la Directiva 2004/38/CE. El art. 19 permite al Estado de acogida establecer restricciones (por ejemplo, denegar, extinguir o expulsar) en caso de que el residente haya actuado de forma abusiva o fraudulenta (por ejemplo, un matrimonio de conveniencia), conforme al art. 35 de la Directiva 2004/38,

<sup>80</sup> En cuanto al ámbito de aplicación territorial, sobre todo delimita cómo deben interpretarse geográficamente las referencias al Reino Unido. Por ejemplo, comprende Gibraltar y los demás países y territorios de ultramar recogidos en el anexo II del TFUE. Respecto de los Estados miembros, adquiere eficacia el art. 355 TFUE.

<sup>81</sup> Al respecto M. GARDEÑES SANTIAGO: “La circulación de personas físicas-acuerdo-retirada-reino-unido-union-europea”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, 2020 (<http://www.reei.org/index.php/revista/num40/articulos/circulacion-personas-fisicas-acuerdo-retirada-reino-unido-union-europea>).

<sup>82</sup> El artículo 39 especifica que los beneficiarios podrán disfrutar de los derechos concedidos durante toda su vida, salvo que dejen de cumplir las condiciones exigidas para ello. Respecto de la necesidad de asesoramiento jurídico para la eficacia de estos derechos, véase las peticiones de la *UK Law Societies* en <https://www.lawsocieties.eu/download?ac=26206>.

o haya llevado a cabo la conducta personal prevista en el Capítulo VI de esa norma<sup>83</sup>. Eso sí, la salida y la entrada en el Estado de acogida están permitidas y no cabe considerar que constituyen, *per se*, actos que permiten limitar el derecho de residencia (art. 14).

**41.** El Estado de acogida puede comprobar que las personas que reivindican el derecho de residencia cumplen los requisitos exigidos. A esos efectos, puede exigirles que soliciten una nueva condición de residente en un plazo no inferior a seis meses desde la finalización del periodo transitorio. En caso de que cumplan las exigencias deberá otorgarles un documento que acredite esa condición<sup>84</sup>. Para evitar los problemas que podría acarrear la disparidad de títulos, el art. 5 de la Decisión 2020/135 legitima a la Comisión para determinar las circunstancias del citado documento.

**42.** Cabe añadir que el derecho de residencia se convierte en permanente tras vivir cinco años de forma continuada en el Estado de acogida. A esos efectos, no influye el cambio de condición con la que se reside (estudiante, trabajador, persona sin actividad económica, etc. El art. 16 permite completar la exigencia de cinco años de residencia continuada después del periodo transitorio. Por otra parte, este derecho otorga a su titular la potestad a trabajar, tanto por cuenta propia como ajena (art. 22).

**43.** El art. 23 obliga al Estado de acogida a tratar igual a los titulares de ese derecho que a sus nacionales. Esta previsión resulta reiterativa, pues el art. 12 ya impone la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Quizás la explicación resida en que el apartado segundo del artículo 23 permite exceptuar las prestaciones de asistencia social y las ayudas de manutención. Es decir, el Estado de acogida sí puede dispensar un trato diferente a las personas que no sean sus nacionales en esos dos ámbitos.

**44.** A continuación, el Acuerdo de Retirada regula el derecho al trabajo. Obliga a los Estados de acogida y de trabajo a reconocer a los trabajadores por cuenta ajena y a los fronterizos los derechos previstos en el art. 45 TFUE y los que contiene el Reglamento 429/2011; esencialmente, acceder a una actividad económica, a los servicios y prestaciones de las oficinas de Empleo, a las ventajas sociales y fiscales, así como los relativos al alojamiento, derechos colectivos y educación para los hijos. Al igual que en el caso de la residencia, prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad y dispone que la salida y regreso al Estado en cuestión no afectan al ejercicio del derecho. Y lo mismo sucede con los trabajadores por cuenta propia. El art. 25 obliga al Estado de acogida a reconocerles los derechos recogidos en los arts. 49 y 55 TFUE; por lo tanto, la libertad de establecimiento, que permite ejercer una actividad económica no asalariada, la constitución y gestión de empresas o participar en el capital de las sociedades. También en este ámbito se permite que el Estado de acogida o de trabajo exijan a los trabajadores que soliciten un documento que acredite su condición y que lo exhiban cuando sea pertinente (art. 26).

**45.** Por último, el Título II regula las cualificaciones profesionales. Dispone que, si han sido reconocidas por el Estado de acogida o de trabajo antes del final del periodo transitorio, surtirán efecto después y permitirán el ejercicio de la actividad profesional correspondiente. El artículo 27 recoge la normativa aplicable, mientras que el 28 y el 29 disciplinan la tramitación de solicitudes.

---

<sup>83</sup> El Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE permite restringir los derechos de circulación y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Se exige que la conducta personal del trabajador constituya una amenaza real, actual y suficiente a las dos primeras. Por otra parte, el art. 15 del Acuerdo de Retirada establece medidas para proteger a la persona cuyo derecho de residencia se ve limitado.

<sup>84</sup> Tanto si el Estado de acogida exige una nueva petición de residente como si no, deberá proporcionar a los ciudadanos europeos o a los nacionales británicos, según el caso, así como a sus familiares, un documento que acredite su condición de residentes. A esos efectos, la Subsecretaría de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática ha emitido la Resolución de 2 de julio de 2020 por la que se publica la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía con las instrucciones para la expedición del documento de residencia. Puede consultarse en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/07/04/pdfs/BOE-A-2020-7276.pdf>.

46. El Título III tiene por objeto la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>85</sup>. Su finalidad es permitir que los ciudadanos europeos que residan en el Reino Unido y los nacionales británicos que lo hagan en alguno de los veintisiete, así como sus familiares, puedan beneficiarse de los mismos. Los arts. 30 ss. fijan las condiciones que deben cumplir; esencialmente estar sometidos a la legislación del Reino Unido, en el caso de los europeos, o de algún Estado miembro, en el de los británicos, al final del periodo transitorio. Existen también situaciones especiales que reciben un trato particular en los arts. 32 y 33 del Acuerdo. El último se refiere a los nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza y establece las condiciones para que puedan beneficiarse de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

47. El Título IV actúa como cajón de sastre. Obliga a los Estados miembros y al Reino Unido a difundir información sobre los derechos que regula. Igualmente, adopta el principio de la norma más favorable: si los Estados miembros de acogida o trabajo contienen un régimen más propicio respecto de los derechos regulados por la Parte Segunda, deberán aplicarlos a los ciudadanos europeos o a los nacionales británicos que los ejerciten. Sin embargo, se exceptúa el régimen del Título III (*id est*, las prestaciones de la seguridad social esencialmente). Por último, el art. 39 establece la duración de los derechos conferidos: toda la vida de los beneficiarios, salvo cuando dejen de cumplir las condiciones exigidas para disfrutar de los mismos.

#### 4. Disposiciones sobre la separación

48. La Parte Tercera es la más extensa y heterogénea: ochenta y seis artículos (del 40 al 125), repartidos en trece títulos. Representa la esencia del Acuerdo de Retirada, pues responde a la voluntad de proporcionar una respuesta adecuada a situaciones pendientes. Es decir, a relaciones que se están desarrollando y no han finalizado al terminar el periodo transitorio. La solución es continuar aplicando el Derecho de la Unión, pues es la normativa que venía aplicándose y se aplicó hasta que se produjo la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Podría sorprender que el primero aceptara esa decisión, dada la resolución de sus gobernantes de abandonar el “club de los veintisiete” a toda costa y que una de las razones del brexit fue recuperar la independencia legislativa y judicial. Sin embargo, es el resultado que proporciona mayor seguridad jurídica, pues significa continuar con la normativa vigente en el momento genético a las relaciones y situaciones que no finalizaron cuando se consumó el brexit.

49. La Parte Tercera empieza con la circulación de mercancías. Los arts. 40 ss. (Título I) establecen que los bienes que hayan sido introducidos legalmente en el Reino Unido o en los Estados miembros antes de la finalización del periodo transitorio podrán continuar circulando hasta llegar al destinatario último<sup>86</sup>. Existe un régimen particular para los animales vivos, los productos reproductivos y los de origen animal, a los que se les aplican las normas previstas en el anexo II del Acuerdo de Retirada. Por otra parte, el art. 41 salva la eficacia de los preceptos aplicables en materia de condiciones de venta, propiedad intelectual, procedimientos aduaneros, aranceles e impuestos. Es decir, la libertad de circulación de las mercancías puestas en el mercado británico o de los Estados Miembros no afecta a la aplicación de las disposiciones comunitarias sobre las materias anteriores. Dos observaciones adicionales complementan el régimen de las mercancías introducidas en el mercado. Primera, el operador económico que reclame la libertad de circulación deberá probar que introdujo el bien en el mercado antes de la finalización del periodo transitorio. Segunda, las autoridades de los Estados miembros y del Reino Unido deben colaborar. Entre otros aspectos, se espera que las británicas proporcionen la información necesaria.

---

<sup>85</sup> De ahí que cobren importancia el art. 48 TFUE, el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de adaptación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

<sup>86</sup> A esos efectos cabe recordar que los arts. 34 y 35 TFUE prohíben las restricciones cuantitativas a la exportación y a la importación.

**50.** Los Títulos II y III están estrechamente relacionados con el anterior. El II aborda los problemas aduaneros del tráfico de bienes. Somete a la normativa comunitaria la circulación de mercancías que hayan sido puestas en el territorio de los Estados miembros o del Reino Unido antes de la finalización del periodo transitorio. En particular, dispone la aplicación del Reglamento 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión, y la norma que lo desarrolla, el Reglamento de Ejecución 2015/2447 de la Comisión de 24 de noviembre de 2015, a los contingentes arancelarios.

**51.** El Título III tiene por objeto el IVA y los derechos especiales. Otorga eficacia a las Directivas 2006/112/CE del Consejo, relativa al sistema común del IVA, y 2008/118/CE del Consejo, sobre el régimen general de los impuestos especiales, a los bienes expedidos desde el Reino Unido a un Estado miembro y viceversa antes de que finalice el periodo transitorio y su tránsito termine después. En relación al primer tributo, se establece un periodo de cinco años para aplicar la Directiva 2006/112/CE después de la finalización del periodo transitorio durante las operaciones que hayan tenido lugar antes de esa fecha. Ahora bien, las solicitudes de devolución deben presentarse antes del 31 de marzo de 2021, y las modificaciones de las declaraciones antes del 31 de diciembre del mismo año.

**52.** El Acuerdo aborda la propiedad “intelectual” (*rectius*, “industrial” conforme al ordenamiento español) en el Título IV de la Parte Tercera. Establece que el Reino Unido convertirá determinados derechos de exclusiva europeos en británicos. Se refiere a la marca de la Unión Europea, a los dibujos o modelos comunitarios, a la protección comunitaria de obtenciones vegetales, así como a las indicaciones geográficas, denominaciones de origen, especialidades tradicionales garantizadas y términos tradicionales para el vino. Contiene previsiones respecto de la nulidad y caducidad de los derechos, la tramitación de su registro, concesión y protección, la adquisición de renombre de las marcas, así como la solicitud y el agotamiento durante el periodo transitorio. También presta atención a las marcas, dibujos y modelos internacionales (art. 56), así como a las bases de datos *ex art. 7* de la Directiva 96/9/CE (art. 58). Esencialmente establece que el Reino Unido deberá dispensarles el mismo nivel de protección que tenían antes de la finalización del periodo transitorio. Igualmente, ordena la aplicación de los Reglamentos 1610/96 y 469/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo a las solicitudes de certificados complementarios de protección para productos fitosanitarios y medicamentos.

**53.** A continuación se regula la cooperación judicial y policial. Básicamente, se fijan las normas europeas que se aplican a determinados ámbitos durante el periodo transitorio. El Título V se refiere al penal. Además de establecer las disposiciones aplicables, también permite que autoridades competentes británicas continúen participando en equipos conjuntos de investigación, que accedan a la Aplicación de la Red de Intercambio Seguro de Información y que intercambien información con Eurojust. El Título VI se refiere al ámbito civil y mercantil. Especifica las disposiciones europeas aplicables a la cooperación judicial, a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones, a los procedimientos de cooperación en curso, a la asistencia jurídica gratuita, a la mediación, y a la indemnización de las víctimas de delitos<sup>87</sup>. Más adelante, el Acuerdo de Retirada trata otro aspecto de la cooperación: el Título XI versa sobre la administrativa en materia de aduanas, impuestos indirectos y cobro de créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas. Se prevé la aplicación del Derecho comunitario, incluso después del periodo transitorio, siempre que se trate de hechos y procedimientos iniciados antes de su finalización.

**54.** El Título VII cambia de tercio y regula los datos obtenidos o tratados en el Reino Unido durante el periodo transitorio o sobre la base del Acuerdo de Retirada. Somete esas operaciones al Derecho de la Unión, si bien permite aplicar las normas británicas si ofrecen un nivel de protección similar. A

<sup>87</sup> Sin embargo, hay dudas sobre el alcance de la previsión; por ejemplo, sobre qué sucede con la litispendencia. Véase M. LEHMANN, “Brexit: we hate to see you leave – just stay around for a while”, en el blog *The European Association of International Private Law*, 31.1.2020 (<https://eapil.org/2020/01/31/brexit-we-hate-to-see-you-leave-just-stay-around-for-a-while/>).

esos efectos, la Unión Europea considerará el Reino Unido como un Estado miembro más. Igualmente, el Derecho comunitario regirá los procedimientos de contratación pública y similares iniciados en el Reino Unido o en los Estados miembros antes de la finalización del periodo transitorio pero que terminen después (Título VIII).

**55.** El Título IX rompe con los anteriores. Trata determinadas cuestiones relacionadas con la Comunidad Europea de la Energía Atómica. En primer lugar, el Reino Unido se responsabiliza de garantizar que todos los minerales, materiales básicos y fisionables especiales regulados por el Tratado Euratom y presentes en territorio británico al finalizar el período transitorio se manipulen de conformidad con los tratados y convenios internacionales aplicables. Igualmente se compromete a cumplir las obligaciones que derivan de las normas internacionales de las que es parte, y a establecer controles de seguridad con garantías y efectos similares a los de la Euratom. Por último, los arts. 83 a 85 atribuyen la propiedad de los equipos, materiales, minerales y demás ubicados en el Reino Unido.

**56.** Los procedimientos judiciales y administrativos de la Unión Europea constituyen el objeto del Título X, cuya finalidad es establecer la competencia de las instituciones, agencias, órganos y organismos de la Unión para continuar con los asuntos pendientes a la finalización del periodo transitorio y para conocer los nuevos que caigan dentro de su competencia y se inicien o refieran a actos, relaciones o cuestiones suscitados durante ese periodo. Así, el Capítulo 1 trata de los procedimientos judiciales. Reconoce la competencia del Tribunal de Justicia respecto de los asuntos iniciados por o contra el Reino Unido antes del 31 de diciembre de 2020. También puede conocer de los procedimientos que le someta la Comisión contra el Reino Unido por incumplir el Derecho comunitario o la Parte Cuarta del Acuerdo de Retirada. El plazo que tiene la Comisión para iniciar el procedimiento es de cuatro años desde la finalización del periodo transitorio. Evidentemente se aplicarán las normas procesales de la Unión Europea y se reconoce el derecho del Reino Unido a intervenir y participar en los procesos. El art. 89 subraya que las resoluciones del Tribunal de Justicia dictadas en relación con estos procedimientos tendrán fuerza vinculante y carácter ejecutivo para el Reino Unido.

**57.** Existe un paralelismo evidente respecto de los procedimientos administrativos, de los que se encarga el Capítulo 2 (arts. 92 a 97). De un lado, las instituciones y órganos de la Unión siguen siendo competentes para los que se hayan iniciado antes de clausurar el periodo transitorio respecto del cumplimiento del Derecho comunitario por parte del Reino Unido. De otro, la Comisión y la Oficina Europea de Lucha contra el fraude podrán abrir otros nuevos respecto del Reino Unido por ayudas públicas concedidas antes de la finalización del periodo transitorio y por fraudes durante el mismo periodo o deudas aduaneras originadas después. Dispondrán de un plazo de cuatro años desde la finalización del periodo transitorio. Los procedimientos administrativos se regirán por el Derecho comunitario y las decisiones que recaigan sobre los mismos tendrán fuerza vinculante. La Comisión Europea vigilará su cumplimiento, pero cabe recurso respecto de su legalidad ante el Tribunal de Justicia. Por último, el Capítulo 2 contiene previsiones particulares para determinados procedimientos en curso; por ejemplo, los relativos a gases invernadero, a las variedades vegetales o a la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO).

**58.** El Título XII versa sobre los privilegios e inmunidades. Esencialmente aplica el Protocolo nº 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al periodo transitorio. Así, declara la inviolabilidad de los bienes, fondos y activos que se hallen en el Reino Unido y sean utilizados por la Unión Europea antes de su finalización. También los declara exentos de cualquier impuesto directo. Segundo, ordena aplicar el régimen de las misiones diplomáticas a las comunicaciones oficiales y a la transmisión de documentos. Los miembros del Parlamento Europeo gozarán de libertad de movimiento, del derecho a seguir percibiendo la pensión y estarán exentos de afiliación obligatoria y del pago de los regímenes nacionales de la Seguridad Social en el Reino Unido de por vida. Se aplicará el citado Protocolo a los representantes y al personal de los Estados miembros que trabajen en instituciones, órganos y organismos de la Unión en el Reino Unido. Los miembros de las Instituciones, los funcionarios y los agentes de la Unión disfrutará de inmunidad respecto de los actos realizados con carácter oficial en el Reino

Unido antes del final del periodo transitorio o realizados después si están relacionados con el Acuerdo de Retirada. Tampoco estarán sujetos a filiación obligatoria ni al pago de las contribuciones a la Seguridad Social. Para finalizar, cabe mencionar que el Protocolo núm. 7 también se aplica al Banco Central Europeo y al Banco Europeo de Inversiones y que es posible la suspensión de los privilegios e inmunidades previstos por el Acuerdo de retirada en las condiciones y supuestos previstos por el Protocolo.

59. El último Título de la Parte Tercera funciona como un cajón de sastre. Primero, impone la aplicación de las normas europeas sobre secreto y discreción profesional a toda la información obtenida antes de que finalice el periodo transitorio y también después en relación al Acuerdo de Retirada. Segundo, considera el Reino Unido como Estado miembro respecto del acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión elaborados u obtenidos antes de finalizar el periodo transitorio o después si están relacionado con el citado Acuerdo. Y tercero, el Reino Unido queda obligado por las normas sobre Escuelas Europeas hasta el final del año escolar en curso al final del periodo transitorio.

## 5. Periodo transitorio

60. La Cuarta Parte regula el periodo transitorio durante el cual el Reino Unido es tratado como un Estado miembro. Antes que nada, conviene recordar su duración. Empieza con la entrada en vigor del Acuerdo de Retirada y termina el 31 de diciembre de 2020. Ahora bien, podía haberse extendido. El art. 132 permitía que el Comité Mixto lo ampliase un máximo de dos años; pero debía tomar esa decisión antes del 1 de julio de 2020; en caso contrario, la fecha límite sería la inicialmente prevista. No ha sido así. El Comité Mixto no ha previsto nada al respecto, puesto que el Reino Unido nunca ha estado dispuesto. Merece destacarse que la cláusula 33 de la *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* añadió un artículo 15a en la *European Union (Withdrawal) Act 2018* para prohibir que un ministro británico pudiera acordar la extensión del periodo de implementación en el seno del Comité Mixto<sup>88</sup>. Y ya en la reunión de alto nivel de 15 de junio de 2020 Boris Johnson reiteró esa posición<sup>89</sup>.

61. Durante el periodo transitorio, el Derecho de la Unión se aplica al y en el Reino Unido con casi toda su extensión. El art. 127.3 especifica que el ordenamiento comunitario debe interpretarse y aplicarse "...conforme a los mismos métodos y principios generales que los aplicables dentro de la Unión". Igualmente, las instituciones, órganos y organismos de la Unión mantienen sus competencias en relación con el Reino Unido y las personas que residan en él respecto de la interpretación, supervisión y ejecución de las normas comunitarias y el Acuerdo de Retirada (art. 131). Sin ir más lejos, el Tribunal de Justicia continúa siendo la autoridad competente para interpretarlo. Ahora bien, cabe hacer dos matizaciones. La primera es la primacía del Acuerdo de Retirada, de modo que en caso de conflicto prevalece sobre las demás normas europeas. La segunda es que el art. 127 establece algunas excepciones respecto de la eficacia del Derecho comunitario; es decir, excluye la aplicación de algunas disposiciones comunitarias respecto del Reino Unido. Por ejemplo, el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las municipales.

62. El Reino Unido queda equiparado a los Estados Miembros durante el periodo transitorio, de modo que podría considerarse que son veintiocho durante ese lapso<sup>90</sup>. Resulta significativo a esos efectos el 127.6: "Salvo disposición en contrario del presente Acuerdo, durante el período transitorio se entenderá que toda referencia a los Estados miembros en el Derecho de la Unión aplicable en virtud del apartado 1, inclusive en lo que respecta a su ejecución y aplicación por los Estados miembros, incluye

<sup>88</sup> SIMSON CAIRD, "The European Union (Withdrawal Agreement) Bill and the Rule of Law", cit., pág. 4.

<sup>89</sup> <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/06/15/eu-uk-statement-following-the-high-level-meeting-on-15-june-2020/>. El Consejo se hizo eco de esta decisión en la reunión de 25 de junio. Véase <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/06/25/eu-uk-relations-council-adopts-conclusions/>.

<sup>90</sup> Cfr. el art. 7 del Acuerdo de Retirada.

al Reino Unido”. Sin embargo, los arts. 127 y 128 establecen determinadas salvaguardas institucionales, lo cual resulta lógico teniendo en cuenta que la Albión deja de ser un Estado miembro a finales de 2020. De ahí que no tenga sentido permitirle presentar iniciativas legislativas para el futuro (art. 128.3) o participar en la decisión sobre el rumbo que seguirá la Unión.

**63.** Algo parecido sucede con la acción exterior de la Unión Europea. Por una parte, el art. 129 dispone que el Reino Unido quedará vinculado por todos los acuerdos y tratados internacionales que celebre la Unión durante el periodo transitorio. Por otra, se permite que pueda firmar convenios y tratados sobre materias que sean competencia de la Unión durante el mismo tiempo. Ahora bien, es necesario que estas normas entren en vigor después de la finalización del periodo transitorio (art. 129.4), salvo en caso de que el Consejo de la Unión Europea haya dado su consentimiento a que lo hagan durante el mismo (art. 3). Existen normas especiales para las relaciones con Irlanda, Chipre y España. Se permite que el Reino Unido celebre acuerdos con ellos en ámbitos que sean competencia de la Unión Europea. La razón es que pueden ser necesarios, o al menos beneficiosos, para el buen funcionamiento de los Protocolos que forman parte del Acuerdo<sup>91</sup>. El gran riesgo es que la Albión practique una política de “divide y vencerás”. Es decir, intente beneficiar a estos Estados para debilitar o romper la unidad entre los veintisiete miembros de la Unión. No obstante, la relativa importancia de estos países frente a los grandes pesos pesados de la Unión y la unidad de los Estados miembros mantenida hasta ahora permiten calificar el riesgo como de baja intensidad.

**64.** Por último, el art. 130 contiene previsiones específicas sobre las posibilidades de pesca. Para entenderlo, hay que recordar que corresponde al Consejo fijar la política en esta materia. El art. 43.3 TFUE le otorga competencia para adoptar “... las medidas relativas a la fijación de los precios, las exacciones, las ayudas y las limitaciones cuantitativas, así como a la fijación y el reparto de las posibilidades de pesca”. Podrá continuar haciéndolo, pero deberá consultar al Reino Unido a la hora de fijar las posibilidades de pesca relacionadas con él durante el periodo transitorio.

## 6. Disposiciones financieras

**65.** La Parte Quinta es la más técnica de todo el Acuerdo de Retirada. Contiene las disposiciones financieras; uno de los tres aspectos que se consideraron claves desde que se anunció la voluntad del Reino Unido de abandonar la organización europea. Como sucede con la mayor parte del Acuerdo de Retirada, la finalidad es finiquitar las cuestiones pendientes. Ahora bien, dada la complejidad del tema, los artículos 133 a 157 no fijan cantidades sino obligaciones, criterios y métodos de cálculo. Dispone que la Unión calculará la contribución de la Albión al presupuesto europeo el 31 de diciembre de 2020 y se lo comunicará a más tardar el 31 de marzo de 2021.

**66.** El Reino Unido contribuirá a los presupuestos de la Unión Europea de 2019 y 2020 y participará en su ejecución. Se calculará su contribución en función de la *ratio* entre los recursos propios puestos a disposición por él y por los demás Estados miembros durante los años 2014 a 2020. Como parece evidente, la contribución y participación se regirá por las normas comunitarias sobre recursos propios. Así, el art. 140 dispone que “... el Reino Unido será responsable ante la Unión en lo que respecta a la cuota del Reino Unido en los compromisos presupuestarios del presupuesto de la Unión y los presupuestos de las agencias descentralizadas de la Unión pendientes de liquidación a 31 de diciembre de 2020, y en lo que respecta a la cuota del Reino Unido en los compromisos contraídos en 2021 relacionados con la prórroga de los créditos de compromiso del presupuesto de 2020”.

**67.** Existen otros supuestos en que la regla se invierte: en lugar de ser el Reino Unido quien contribuye, es la Unión Europea. Así sucede respecto de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

<sup>91</sup> Téngase en cuenta el art. 4 del Acuerdo de Retirada.

El art. 145 del Acuerdo dispone que la Unión es responsable frente al Reino Unido por su cuota en los activos netos de esta organización. E igual ocurre respecto de las aportaciones del Banco de Inglaterra al capital del Banco Central Europeo. El último los reembolsará al primero (art. 149). Ahora bien, la idea es la misma: finalizar las relaciones pendientes, devolviendo a cada parte sus activos y aportaciones. Igualmente, tanto el Reino Unido como los demás Estados miembros deberán honrar los compromisos asumidos con anterioridad. Esta previsión es relevante no sólo a efectos de calcular la contribución del primero al presupuesto comunitario, si no también respecto del Banco Europeo de Inversiones, del Fondo Europeo de Desarrollo, de los fondos relacionados con los refugiados en Turquía, así como de las Agencias del Consejo y de las operaciones de la Política Común de Seguridad y Defensa.

## 7. Gobernanza

**68.** Bajo el título de “Disposiciones institucionales”, la Parte Sexta disciplina la gobernanza del Acuerdo. Sus veintiocho artículos contienen normas destinadas a conseguir su cumplimiento. Están estructurados en cuatro Títulos. El primero procura su interpretación y aplicación uniforme. Destacan tres aspectos. En primer lugar, las cuestiones prejudiciales. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, así como del Reino Unido cabe entender, pueden plantearlas al Tribunal de Justicia. Existe una norma especial respecto de la Parte Segunda (“Derechos de los ciudadanos”): se permite que los órganos jurisdiccionales británicos formulen cuestiones prejudiciales a la institución judicial europea respecto de los derechos de los ciudadanos dentro de los ocho años siguientes al periodo transitorio. En segundo término, pero continuando con el mismo tema, se creará una Autoridad Independiente que velará por el cumplimiento de la Parte Segunda del Acuerdo. Así, investigará su aplicación y ejecución, y cada año ella y la Comisión Europea informarán al Comité especializado en materia de derechos de los ciudadanos previsto en el art. 165. Pasados ocho años, el Comité Mixto, al que nos referiremos en breve, evaluará su labor a fin de decidir si debe continuar con su cometido. Por último, se aplica el régimen del incumplimiento de las normas de la Unión al Acuerdo. Y para ello se considera al Reino Unido como Estado miembro. Así, el art. 160 dispone la eficacia de los arts. 258, 260 y 267 TFUE. Recordemos que permiten a la Comisión llevar a los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia a fin de que valore si han incumplido las obligaciones que les corresponden en virtud de los Tratados y si han adoptado las medidas correctoras pertinentes. Tanto la Comisión como el Tribunal pueden imponer multas a suma alzada o coercitivas para conseguir el respeto de las normas.

**69.** El Título II (*Disposiciones institucionales*) crea y regula diversos entes necesarios para el éxito del Acuerdo. El primero y principal es el Comité Mixto, responsable de su ejecución y aplicación, así como de la resolución de conflictos que puedan surgir. Está compuesto por representantes de la Unión Europea y del Reino Unido. Se reunirá a petición de cualquiera de ambos y, en todo caso, una vez al año como mínimo<sup>92</sup>. Puede adoptar “decisiones” sobre todos los extremos en que el Acuerdo le otorgue competencias<sup>93</sup>. Son vinculantes para las dos partes, que se han obligado a ejecutarlas. El art. 166.2 les atribuye los mismos efectos jurídicos que el Acuerdo. También podrá formular recomendaciones. Está asistido por los Comités especializados. El art. 165 prevé seis, aunque puede crear otros si lo considera necesario<sup>94</sup>. El Anexo VIII contiene su reglamento interno.

<sup>92</sup> Deben fijar su calendario de reuniones y su orden del día de común acuerdo. Cuenta con un Reglamento interno previsto en el anexo VIII del Acuerdo de Retirada.

<sup>93</sup> La Comisión representa a la Unión Europea en el Comité Mixto y en los Comités especializados. Debe informar al Consejo para que tenga todos los datos necesarios.

<sup>94</sup> Son el Comité de derechos de los ciudadanos, el Comité sobre otras disposiciones de separación, el Comité sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte, el Comité sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Protocolo sobre las zonas de soberanía en Chipre, el Comité sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Protocolo sobre Gibraltar y el Comité sobre las disposiciones financieras.

**70.** La solución de controversias constituye el objeto del Título III (arts. 167 a 181). Existen tres mecanismos, el primero de los cuales es un pacto entre el Reino Unido y la Unión Europea. El art. 167 establece que intentarán el consenso sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo. En caso de que no lo consigan entra en escena el Comité Mixto. Cualquiera de las partes puede someterle el conflicto a fin de intentar alcanzar una solución en su seno. Si no hay éxito en un plazo de tres meses, se recurre al arbitraje. El art. 170 prevé la posibilidad de que la Unión o el Reino Unido pidan la constitución de un panel a través de la Oficina Internacional del Tribunal Permanente de Arbitraje. El procedimiento está mínimamente regulado en los arts. 171 a 173 y en el Anexo IX parte A. Se prevé un plazo de resolución de doce meses, que se reduce a la mitad cuando la controversia se considera urgente. La decisión se tomará por mayoría de votos, en caso de resultar imposible el consenso. Los laudos son vinculantes y deben cumplirse de buena fe (arts. 175 a 179 y 180.2). En caso de incumplimiento, el panel de arbitraje puede imponer una sanción monetaria o una multa coercitiva. Y si persiste, la contraparte (“parte demandante” en términos del art. 178) podrá dejar de cumplir obligaciones que derivan del Acuerdo de Retirada o de otros acuerdos entre la Unión y el Reino Unido. Queda exceptuada la Parte Segunda del Acuerdo, relativas a los derechos de los ciudadanos: sus disposiciones deben cumplirse siempre.

**71.** Cierran la Parte Sexta las “Disposiciones finales”. Regulan cuestiones particulares entre las que destaca la entrada en vigor del Acuerdo. Está prevista en el art. 185 que utiliza una fórmula harto alambicada. Establece dos posibles fechas, adquiriendo eficacia la que sea anterior. La primera es “el día siguiente al final del plazo previsto en el artículo 50, apartado 3, del TUE, prorrogado por el Consejo Europeo de acuerdo con el Reino Unido, siempre que, con anterioridad a esa fecha, el depositario del presente Acuerdo haya recibido las notificaciones escritas de la Unión y del Reino Unido sobre la conclusión de los trámites internos necesarios”. El día siguiente al final del plazo referido era el día 1 de febrero de 2020, ya que la tercera prórroga del plazo de dos años posterior a la notificación de la intención del Reino Unido de abandonar la Unión terminó el 31 de enero de 2020. Antes de esa fecha las dos partes enviaron las notificaciones sobre la conclusión del Acuerdo al Secretario General del Consejo (*cf.* art. 183 del Acuerdo de Salida). La segunda fecha posible era “el primer día del mes siguiente a la recepción por el depositario del presente Acuerdo de la última de las notificaciones escritas a que se refiere la letra a)”. Como el Secretario General del Consejo recibió las notificaciones a finales de enero, la fecha a la que se refiere la letra b) era el 1 de febrero de 2020<sup>95</sup>.

## **8. Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte**

**72.** El primer Protocolo regula la “cuestión irlandesa”. Como es bien sabido, mientras que Irlanda del Norte forma parte del Reino Unido, la República de Irlanda es un Estado miembro de la Unión Europea. Consecuentemente, el brexit debería suponer una barrera entre ambos territorios; es decir, debería generar una frontera, con infraestructuras, inspecciones y controles. Sin embargo, todas las partes desean evitar esa situación, a fin de impedir que vuelvan a reproducirse los conflictos del pasado que terminaron con el llamado Acuerdo de Viernes Santo (10 de abril de 1998, anexo al Acuerdo británico-irlandés de la misma fecha). De ahí que la “cuestión irlandesa” constituyera una de las principales preocupaciones durante la negociación y que se le hayan dedicado normas especiales.

**73.** El Protocolo gira alrededor de tres cuestiones: libre circulación de mercancías, competencia leal y gobernanza. Respecto de la primera, se permitirá que los bienes circulen por la isla de Irlanda conforme a la legislación del Reino Unido, que tiene libertad para fijar las normas que gobiernan la

<sup>95</sup> Merece comentarse que el Diario Oficial de la Unión Europea L 29, de 31 de enero de 2020 informó de que la fecha de entrada en vigor era el 1 de febrero de 2020. Y lo mismo hace la Comisión Europea. En su página web explica que el Reino Unido y la Unión consensuaron el Acuerdo de Retirada el 17 de octubre de 2019. *Cf.* [https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/eu-uk-withdrawal-agreement\\_en](https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/eu-uk-withdrawal-agreement_en).

circulación de mercancías dentro de su territorio<sup>96</sup>. Sin embargo, se aplicarán los derechos aduaneros de la Unión Europea si existe el riesgo de que los productos acaben finalmente en el mercado de alguno de los veintisiete Estados miembros. El apartado 2.º del artículo 5 fija cuándo existe ese riesgo; si bien, esencialmente se remite a los criterios que fije el Comité Mixto a esos efectos. Igualmente se aplicarán las normas comunitarias relativas al IVA e impuestos especiales, enumeradas en el anexo 3 del Protocolo (art. 8)<sup>97</sup>.

74. La lealtad en la competencia es otro de los ejes rotatorios de la relación entre el Reino Unido y la Unión Europea; sobre todo respecto de sus relaciones futuras. La organización internacional teme que aquel rebaje sus exigencias fiscales, socio-laborales y medioambientales a fin de aumentar la competitividad de sus empresas y el atractivo del país. De ahí que exista una previsión en el Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte. El artículo 10 dispone la aplicación del régimen comunitario de las ayudas públicas (arts. 107 ss TFUE) al comercio entre el Reino Unido e Irlanda del Norte regido por el Protocolo, con excepción de los productos agrícolas.

75. El tercer gran tema es la interpretación y aplicación del Protocolo. El art. 12 responsabiliza a las autoridades británicas de la aplicación de las normas comunitarias. Exige que informen a la Unión y permitan que representantes de ésta estén presentes cuando las primeras apliquen el Protocolo. Cabe recordar que existe un Grupo de Trabajo Consultivo que asiste al Comité Mixto que facilitará el intercambio de información y la consulta entre las partes. Interesa igualmente subrayar que se permite que ambas adopten medidas unilaterales de excepción no previstas en el Protocolo en caso de que su aplicación genere graves dificultades económicas, sociales o medioambientales. Por último, el art. 18 establece que Irlanda del Norte podrá decidir democrática y unilateralmente continuar aplicando los artículos 5 a 10 del Protocolo (*id est*, normas sobre circulación de mercancías y ayudas públicas) en el futuro, una vez finalizado el periodo de transición.

## 9. Protocolo sobre las zonas de soberanía del Reino Unido en Chipre

76. El segundo Protocolo tiene por objeto las zonas de soberanía británica en Chipre. Es decir, las bases militares que el Reino Unido tiene en Akrotiri y Dhekelia. Su origen se remonta a la independencia de Chipre, que había sido una colonia británica. La normativa básica se halla en el Tratado relativo al establecimiento de la República de Chipre y el Canje de Notas conexas, de 16 de agosto de 1960<sup>98</sup>. Entre otras previsiones, el Reino Unido se había comprometido a no crear puestos aduaneros o barreras fronterizas entre las zonas de soberanía y Chipre. El brexit alterará el *statu quo* existente dado que Chipre continúa siendo Estado miembro pero el Reino Unido no. De ahí la necesidad de dedicarle determinadas normas, puesto que nacionales y empresas chipriotas trabajan, circulan (con restricciones) y tienen relaciones comerciales con esas zonas de soberanía.

77. El Protocolo respeta la condición de las zonas de soberanía como bases militares del Reino Unido (art. 2.6). De ese modo, el último controlará las fronteras exteriores de Akrotiri y Dhekelia respecto del tráfico de personas (art. 7). Las mercancías y servicios que estén destinados al uso de las fuerzas armadas británicas están exentos de derechos de aduana, de IVA y de impuestos especiales a condición de que ese fuera su régimen en el Tratado de establecimiento 1960 (art. 4). Respecto de los demás aspectos, las zonas de soberanía forman parte de Chipre y, por lo tanto, de la Unión. De ahí que en ellas rija el ordenamiento comunitario. Se prevé expresamente la aplicación de los Títulos I, II y III de

<sup>96</sup> En cuanto a las personas físicas, el art. 3 permite que el Reino Unido e Irlanda sigan concluyendo acuerdos al respecto (régimen conocido como “Zona de Viaje Común”). No obstante, existe un condicionante importante: deben respetar los derechos conferidos por la normativa comunitaria.

<sup>97</sup> Y lo mismo sucede respecto del mercado mayorista de la electricidad (art. 9).

<sup>98</sup> Véase [https://sbaadministration.org/images/admin/docs/SBAA\\_Treaty\\_of\\_Establishment.pdf](https://sbaadministration.org/images/admin/docs/SBAA_Treaty_of_Establishment.pdf).

la Tercera Parte y la Sexta Parte del Acuerdo de Retirada, sin perjuicio de lo dispuesto en el Protocolo. Cabe añadir que existe un Comité especializado que asiste al Comité Mixto en este ámbito (arts. 9 y 10).

## 10. Protocolo sobre Gibraltar

78. El último Protocolo tiene por objeto Gibraltar<sup>99</sup>. Su condición de territorio británico de ultramar (arts. 355.3 TFUE y 3.1 del Acuerdo de Retirada) determina que se le aplique el Derecho británico y que el Reino Unido sea responsable de sus relaciones exteriores<sup>100</sup>. Su ubicación en la Península Ibérica, las múltiples relaciones empresariales, familiares y laborales entre ciudadanos gibraltareños y españoles y la aspiración de nuestro país a recuperar la soberanía sobre el Peñón explican que el Protocolo disponga que las medidas que se adopten deban ser compatibles con los ordenamientos constitucionales de España y del Reino Unido.

79. El Protocolo se limita a pedir la coordinación y la colaboración entre los dos países; no establece ninguna medida más coercitiva. En primer lugar, exige que cooperen para lograr el cumplimiento de la Parte Segunda del Acuerdo de Retirada, que regula los derechos de los ciudadanos, y entre ellos los de los trabajadores fronterizos<sup>101</sup>. En segundo término, pide establecer formas de coordinación en materia fiscal y de protección de los intereses financieros. En particular, se refiere a la lucha contra el fraude, el contrabando, el blanqueo de capitales y los conflictos relativos a la residencia fiscal. Al respecto, cabe recordar que España ya firmó un tratado con el Reino Unido el 4 de marzo de 2019 con esa finalidad y que en 2020 los dos países han entablado conversaciones<sup>102</sup>. Y tercero, se prevé la creación de un comité de colaboración sobre pesca y medio ambiente y un comité de coordinación para la cooperación en materia policial y aduanera.

80. El Protocolo parece haber tenido ya sus primeros frutos pues, según la prensa, España y el Reino Unido han llegado a un principio de acuerdo por el que Gibraltar se incorpora al espacio Schengen<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Véase I. GONZÁLEZ GARCÍA y M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, “Las consecuencias del brexit para Gibraltar”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 82 ss. Sobre su futuro, M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada *postbrexit*”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, 1 ss. Analiza la posición de todas las partes implicadas, así como la de las Naciones Unidas. Y sobre los conflictos que generó el proceso legislativo, M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y C. IZQUIERDO SANZ, “Gibraltar y el Acuerdo de Retirada: claves de interpretación”, *Diario La Ley*, 9324, de 24 de diciembre de 2018, 1 ss.

En cuanto a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios A.M. BALLESTEROS BARROS, “El Brexit y la libertad de establecimiento de sociedades en la UE: el caso de Gibraltar”, *Cuadernos de Gibraltar*, 3, 2018-2019, 18 ss.

<sup>100</sup> Al establecer el ámbito territorial de aplicación del Acuerdo de Retirada, el art. 3 incluye a Gibraltar dentro del territorio del Reino Unido. Ahora bien, téngase en cuenta la Declaración interpretativa del Consejo Europeo y de la Comisión Europea sobre el artículo 184 del Acuerdo de Retirada (Bruselas, 25 de noviembre de 2018). En ella se deja claro que ese precepto no establece obligación alguna ni condiciona el ámbito de aplicación del acuerdo o acuerdos sobre las relaciones futuras. “Por lo tanto, no hay obligación ni presunción algunas fundamentadas en esta disposición de que dichos acuerdos tengan el mismo ámbito de aplicación territorial que el que establece el artículo 3 del Acuerdo de Retirada”. Al respecto ARENAS, “Las claves del brexit”, cit. y la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2017, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited vs The Queen*, C-591/15. En esta resolución, recuerda que Gibraltar no forma parte del Reino Unido; sin embargo, mantiene que la prestación de servicios por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye una situación en la que todos los elementos se hallan en un único Estado miembro.

<sup>101</sup> En el informe *The process for withdrawing from the European Union* (cit., 19), el Gobierno británico advertía de los perjuicios que comportaría la salida de la Unión Europea para los trabajadores gibraltareños al terminar la libertad de circulación con España. Como hemos visto, el Acuerdo de salida ha resuelto este problema. Sin embargo, su eficacia puede ser mínima, pues es necesario que los trabajadores se hayan registrado y sólo un diez por ciento cumple ese requisito, según informan GONZÁLEZ GARCÍA y ACOSTA SÁNCHEZ, obra citada, 87.

<sup>102</sup> Véase por ejemplo la <https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/noticias/Paginas/040319-tratadofiscal.aspx>.

<sup>103</sup> Por ejemplo, M. MARTÍN y M. GONZÁLEZ: “El texto del acuerdo entre España y Reino Unido prevé demoler la Verja de Gibraltar”, *El País*, 11.1.2021 (<https://elpais.com/espana/2021-01-10/el-texto-del-acuerdo-entre-espana-y-reino-unido-preve-demoler-la-verja-de-gibraltar.html>).

El acuerdo ha sido enviado a la Comisión para que lo transforme en un Tratado entre la Unión Europea y el Reino Unido, según informan M. GONZÁLEZ y J.A. CAÑAS, “España y el Reino Unido llegan a un ‘principio de acuerdo’ para derribar la ver-

Entre sus diversas previsiones destaca facilitar la movilidad de personas entre España y el Peñón, responsabilizándose la primera de la aplicación de los controles correspondientes. Igualmente se prevé la adaptación de la Roca a la unión aduanera europea y la colaboración entre las policías españolas y gibraltareñas. Otro de los extremos relevantes es la posibilidad de implementar impuestos especiales para “productos sensibles”. Eso sí, el acuerdo excluye expresamente de su ámbito de aplicación la cuestión sobre la soberanía.

#### IV. Futuro

##### 1. Consideraciones generales: repercusiones en el Reino Unido, la Unión Europea, los Estados miembros y terceros

**81.** El brexit va a tener importantes y graves repercusiones para sus protagonistas: el Reino Unido, la Unión Europea y los Estados miembros. Basta leer la relación de temas que aparece en la Declaración política sobre las relaciones futuras para darse cuenta de las dimensiones de la tragedia<sup>104</sup>. También influirá en terceros países, pues a buen seguro va a abrir nuevas alianzas, oportunidades y desencuentros. Piensen, por ejemplo, en las consecuencias que puede tener un acuerdo de libre comercio entre el Reino Unido y Estados Unidos en la guerra económica que el último libra con China. Sin lugar a dudas, el futuro estará marcado por el pacto o pactos que regulen los lazos venideros entre el Reino Unido y la Unión Europea. Por eso, le dedicamos el epígrafe siguiente. En el actual hacemos algunas reflexiones sobre los efectos del brexit sobre los actores principales.

**82.** La Unión Europea pierde la sexta economía del mundo, un mercado de más de sesenta y cinco millones de habitantes, que ha sido rentable para la industria del automóvil comunitaria y para los sectores de la energía, alimentación y bebidas, químicos, farmacéutica y agricultura<sup>105</sup>. En segundo término, el Reino Unido ha sido muy respetuoso con el Derecho comunitario, situándose en la banda alta de Estados miembros en cuanto al cumplimiento<sup>106</sup>. Tercero, es un país con una larga tradición democrática, lo que es un valor a tener muy en cuenta en una época en que la Comisión Europea está tomando medidas contra algunos Estados miembros por no respetar los valores intrínsecos a la Unión<sup>107</sup>. Cuarto, es una potencia nuclear y militar, miembro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>108</sup>. Por último, es un actor relevante en el ámbito internacional, aunque desde hace algún tiempo esa relevancia está fuertemente vinculada a su condición de Estado miembro<sup>109</sup>.

---

ja de Gibraltar”, *El País*, 31.12.2020 (<https://elpais.com/espana/2020-12-31/espana-y-reino-unido-llegan-a-un-principio-de-acuerdo-para-eliminar-la-verja-de-gibraltar.html>).

<sup>104</sup> Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido (2019/C 66 I/02), publicada en DOUE C 66, de 19.2.2019.

<sup>105</sup> Así lo destacaba Theresa May en el discurso de 17 de enero de 2017 en el que fijaba los objetivos de la negociación del brexit. En cuanto a la afirmación de que constituye la quinta economía del mundo véase HM Government, *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 25.

Sobre las consecuencias económicas para la Unión y los Estados miembros, GONZÁLEZ PÁRAMO y GARCÍA SERRADOR, *op. cit.*, 79. Sobre su repercusión en las políticas comunes, FERNÁNDEZ ROZAS, “Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones”, cit., 4 s./18.

<sup>106</sup> MANGAS, “Las enseñanzas del bréxit”, cit., 92. Sin embargo, también es verdad que en los últimos años se han incrementado los procedimientos abiertos por la Comisión contra este país por infracción del Derecho comunitario, situándose en la banda media de países con más procedimientos en 2018. Véase *Monitoring the Application of European Union Law. Annual Report 2018* ([https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-report-monitoring-application-eu-law\\_es](https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-report-monitoring-application-eu-law_es)). En particular, el Reino Unido era el quinto país contra el que más procedimientos por infracción del Derecho comunitario había abierto la Comisión en 2018 y el décimo en cuanto al número de procedimientos existentes. Véase el gráfico en [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eu28-factsheet-2018\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eu28-factsheet-2018_en.pdf).

<sup>107</sup> Por ejemplo, en octubre de 2019 la Comisión Europea llevó a Polonia ante el Tribunal de Justicia por politizar la administración de justicia. Véase su comunicado de prensa al respecto en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_19\\_6033](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_6033).

<sup>108</sup> MANGAS, “Las enseñanzas del bréxit”, cit., 97

<sup>109</sup> Véase MANGAS, “Las enseñanzas del bréxit”, cit., 99, quien destacó que el ingreso del Reino Unido en la Unión Europea le permitió superar la crisis postcolonial y mantener una posición privilegiada en el mundo.

**83.** Pero la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea también tiene un lado oscuro. Ha sido un socio muy incómodo, que ha cuestionado muchas medidas y se ha opuesto a una mayor integración política y social<sup>110</sup>. Desde sus inicios ha concebido la Unión Europea como una asociación económica y no le ha interesado el progreso en otros ámbitos. Pese a ser una potencia mundial en este terreno, o precisamente por ello, se ha resistido a una política europea de seguridad y defensa<sup>111</sup>. Con todo, también es verdad que algunos Estados miembros se ha beneficiado del papel que ha desempeñado, dejando que fuera quién tomara iniciativas obstaculizadoras pero apoyándolo entre bastidores.

**84.** Las consecuencias no van a ser menores para el Reino Unido. Como pedían los *brexiters* y destaca la administración Johnson a la menor oportunidad, recupera su independencia para fijar la política comercial y exterior, acaba su contribución al presupuesto de la Unión Europea y deja de estar sometido a la “tiranía” del legislador y de la justicia comunitarios. Igualmente, tiene libertad para fijar su política inmigratoria, para regular las importaciones y exportaciones de productos y servicios y para concluir acuerdos con terceros países. Y el descenso del tráfico económico con los veintisiete Estados miembros puede compensarse con el aumento de los intercambios con otros<sup>112</sup>.

**85.** Mas los análisis económicos evidencian, como regla general, que el brexit será perjudicial<sup>113</sup>. La idea es fácil de entender: la salida de la Unión Europea comporta la aparición de barreras al comercio, con lo que los intercambios con la Unión Europea, su principal socio económico durante todo este tiempo, se reducirán. Además, se agrava el acceso de sus ciudadanos y empresas al mercado único: dejan de disfrutar de las libertades de circulación de personas, de mercancías, de capitales y de la libre prestación de servicios que caracterizan el Derecho comunitario<sup>114</sup>. Eso no significa que no puedan acceder a él; simplemente, se les aplicará el régimen de los nacionales de terceros países, con lo que deberán hacer frente a numerosos obstáculos<sup>115</sup>. Asimismo esos escollos pueden disminuir el atractivo de la Albión como objetivo de inversiones estratégicas<sup>116</sup>. Hasta ahora pesaba mucho su imagen de puerta de entrada a la Unión Europea. Ahora deberá buscar nuevas estrategias para captar el interés de los inversores, lo que no será fácil. Piensen por ejemplo en el descenso de tipos impositivos<sup>117</sup>. Es una medida interesante

<sup>110</sup> Véase A. BAR CENDÓN, “El Reino Unido y la Unión Europea: inicio y fin de una relación atormentada”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 2017, 141 ss.

<sup>111</sup> Véase R. WHITMAN, “The UK and EU foreign, security and defence policy after brexit: integrated, associated or detached?”, *National Institute Economic Review*, 238, 2016, 1 ss.

<sup>112</sup> P. MINFORD, “How Britain will react to a WTO-based brexit”, *The Economist Voice*, 16(1), 2019, 1 ss. Respecto la posibilidad de aprovechar las oportunidades que puede generar la ausencia de acuerdo sobre las relaciones futuras véase el interesante artículo periodístico M. LYNN: “‘Brexit’: las ventajas de un ‘no acuerdo’”, *El Economista*, 16.9.2020 (<https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/10772530/09/20/Brexit-las-ventajas-de-un-no-acuerdo.html>).

<sup>113</sup> S. DHINGRA, G. OTTAVIANO, T. SAMPSON y J. VAN REENEN, “The consequences of Brexit for UK trade and living standards”, Centre for Economic Performance. Paperbrexit02, March, 2016, 8; S. PERRI, “The Risks of Hard Brexit for the United Kingdom”, *The Economists’ Voice*, 16(1), 2019, 1 ss.; T. SASTRE, “La economía del Reino Unido tras el referéndum sobre su permanencia en la Unión Europea”, en J.L. VEGA, *Brexit: balance de situación y perspectivas*, Banco de España, Documentos ocasionales 109, 2019, 18 ss., quien sin embargo comenta que la economía británica se ha comportado mejor de lo esperado en determinados momentos, y T. SAMPSON, “The economics of international disintegration”, *Journal of Economic Perspectives*, 31:4, 2017, 173 s.

<sup>114</sup> Véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Brexit. Su impacto en la esfera personal, familiar y sucesoria. Del Derecho civil a las situaciones con repercusión transfronteriza”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, 71. En el mismo sentido R. ARENAS GARCÍA, “Brexit y Derecho Internacional Privado”, en *Diario La Ley*, 8797, 6 de julio de 2016, 2/9 y, en relación con el Derecho de los negocios, FERNÁNDEZ ROZAS, “Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones”, cit. 6 s/18.

<sup>115</sup> Algunos Estados miembros permiten prestar servicios financieros a empresas de terceros Estados si su legislación es equivalente a la nacional y existe un acuerdo de colaboración entre las autoridades supervisoras. Con todo, los requisitos para conseguir esa equivalencia pueden ser harto exigentes. Así GONZÁLEZ PÁRAMO y GARCÍA SERRADOR, *loc. cit.*, 75; HM GOVERNMENT, *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 23 y W. OPPENHEIMER: “El divorcio sin fin entre la City y Bruselas”, *El País*, 18.10.2020, disponible en <https://elpais.com/economia/2020-10-17/el-divorcio-sin-fin-de-la-city-y-bruselas.html>.

<sup>116</sup> Por ejemplo SAMPSON, “The economics of international disintegration”, cit., 173.

<sup>117</sup> Respecto de la posibilidad de reducir los costes de importación y exportación, los tipos de la OMC son muy bajos por lo que el Reino Unido tendrá escaso margen de maniobra. Y, además, resultan más importantes las políticas que se practiquen. En ese sentido DHINGRA, OTTAVIANO, SAMPSON y VAN REENEN, *op. cit.*, 7 y 9.

para los inversores, que puede generar demanda de trabajo cualificado en el Reino Unido. Sin embargo, puede suponer una reducción de los ingresos del Tesoro británico y complicar las relaciones con terceros países, que pueden ver el Reino Unido como un pseudo paraíso fiscal y acusarle de deslealtad concurrential. Hay un dato adicional que no debe menospreciarse: el Reino Unido dejará de beneficiarse de los acuerdos de libre comercio que la Unión Europea ha concertado con terceros países. Parecería que esta situación sería muy negativa, pero la verdad es que el Reino Unido ya ha negociado más de 20 tratados con una cincuentena de países, según un medio de comunicación<sup>118</sup>. Con todo, el resultado más probable es una reducción del PIB británico<sup>119</sup>.

**86.** El brexit no sólo afectará negativamente a la economía británica; también se resentirán otros ámbitos. Piensen en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada: aunque el Acuerdo de Comercio y Cooperación permite cierta colaboración en materia judicial y policial, será menor que cuando era un Estado miembro<sup>120</sup>. La justicia británica perderá atractivo como foro para dirimir disputas empresariales, pues sus decisiones judiciales tendrán más dificultades para poder ser reconocidas y ejecutadas en los Estados miembros<sup>121</sup>. Y perderá influencia en la creación y regulación de normas a escala mundial; por ejemplo, en el ámbito financiero donde ha tenido un gran peso hasta ahora<sup>122</sup>. Asimismo, tampoco podrá incidir en la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho comunitario, pero es muy posible que sus nacionales y empresas deban cumplirlo si quieren exportar productos o prestar servicios en la Unión.

**87.** El brexit también puede causar conflictos de orden interno. Señalamos tres, el primero de los cuales es institucional: la salida de la organización internacional ha generado fuertes tensiones entre el Gobierno británico y los Parlamentos británico, galés y escocés<sup>123</sup>. Tal ha sido la magnitud que los tri-

<sup>118</sup> T. EDGINGTON: "Brexit: What trade deals has the UK done so far?", en BBC, 9.11.2020, disponible en <https://www.bbc.com/news/uk-47213842>. También <https://www.gov.uk/guidance/uk-trade-agreements-with-non-eu-countries-in-a-no-deal-brexit>.

<sup>119</sup> Véase DHINGRA, OTTAVIANO, SAMPSON y VAN REENEN, *op. cit.*, 2 ss.; M. SANDBU, "Brexit and the future of UK capitalism", en G. KELLY y N. PEARCE (eds.), *Britain Beyond Brexit, The Political Quarterly*, Vol 90, Issue S2, 2019, 187 ss., quien afirma que los problemas de la economía británica no tienen su origen en la Unión y mantiene que es necesario un vínculo estrecho para que aquélla prospere tras el brexit; GONZÁLEZ PÁRAMO y GARCÍA SERRADOR, *op. cit.*, 167 ss. También Oxford Economics: *Assessing the economic implications of brexit. Economic implications*, disponible en <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/assessing-the-economic-implications-of-brexit>. Respecto de los servicios financieros, N. MOLONEY, "Financial services, the EU, and Brexit: an uncertain future for the city?", *German Law Journal*, 17, 2016, 75 ss.

Con todo, Thomas Sampson afirma que los cambios todavía no se han materializado. Aunque es consciente de que los efectos del brexit tardarán en producirse, los datos evidencian que los intercambios no se han reducido desde el referéndum de 2016. Véase T. SAMPSON, "EU trade is just as important to the UK as it was in 2016. Why?", en el blog de la *London School of Economics and Political Science*, 28.5.2020 (disponible en <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2020/05/28/eu-trade-is-just-as-important-to-the-uk-as-it-was-in-2016-why/>).

<sup>120</sup> Para sortear las dificultades que el abandono de la Unión Europea genera en la cooperación judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales británicas, el Reino Unido ha solicitado su adhesión al Convenio de Lugano de 2007, según informan F. GARAU, "El Reino Unido solicita la adhesión al Convenio de Lugano de 2007", en el blog *Conflictus Legum*, de 13.5.2020 (<https://conflictuslegum.blogspot.com/2020/05/el-reino-unido-solicita-la-adhesion-al.html?spref=fb>) y M. LEHMANN, "UK applies for accession to Lugano Convention", en la página web de *The European Association of Private International Law*, de 25.4.2020 (<https://eapil.org/2020/04/25/uk-applies-for-accession-to-lugano-convention/>).

Para un análisis en profundidad del tema, R. ARENAS, "El Reino Unido y el Convenio de Lugano", *La Ley. Unión Europea*, núm. 83, 2020, 1 ss./12. Sobre la cooperación judicial en el ámbito civil-mercantil también G. RÜHL, "Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters After Brexit: Which Way Forward?", *International and Comparative Law Quarterly*, 67, 2018, 99 ss.

<sup>121</sup> Véase el informe de la Comisión Europea: "*Withdrawal of the United Kingdom and EU Rules in the fields of Civil Justice and Private International Law*", Brussels, 27 August 2020. En la doctrina ARENAS, "El Reino Unido y el Convenio de Lugano", cit., 4/11; ARENAS, "Brexit y Derecho Internacional Privado", cit., 4 s./9 y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones", *Diario La Ley*, 8791, de 27 de junio de 2016. Esta situación no debería afectar al arbitraje, puesto que el art. 1 del Reglamento 1215/2012 lo excluía de su ámbito de aplicación. Con todo, cabe recordar que el Reino Unido no es miembro del Convenio de Nueva York de 1958.

<sup>122</sup> MOLONEY, *op. cit.*, 76.

<sup>123</sup> Con todo, como sucedía con la Unión Europea, esta crisis puede servir de catarsis y aproximar a las administraciones de las naciones que conforman el Reino Unido. Así está sucediendo según el *Public Administration and Constitutional Affairs Committee*. En el informe *Devolution and Exiting the EU: reconciling differences and building strong relationships* (<https://>

bunales británicos y comunitarios han tenido que pronunciarse al respecto y hay autores que consideran que estamos delante de un “momento constituyente”<sup>124</sup>. El segundo es la distribución de competencias entre las naciones que conforman el Reino Unido<sup>125</sup>. Como bien se ha dicho, el ingreso en la Unión supone un proceso de centralización pues los Estados miembros confieren competencias a la Unión. Paralelamente, el poder central de cada país resulta fortalecido, en la medida en que se convierte en el interlocutor directo, cuando no único, de la Unión. El abandono de la organización internacional debería suponer el proceso inverso. En el caso del Reino Unido, las competencias recuperadas deberán distribuirse entre los cuatro países que lo conforman, lo cual genera el problema del criterio que se utilizará para llevar a cabo esa operación, pues no existe una norma específica, hay un gran desequilibrio entre las cuatro naciones respecto de la distribución de competencias y no existen mecanismos para canalizar las relaciones intergubernamentales<sup>126</sup>. Cabe recordar que Inglaterra es el país más grande, más poblado y más rico del Reino Unido; pero no ha participado en el proceso de “devolución” de las competencias<sup>127</sup>.

**88.** El tercer gran conflicto es el aumento de la tensión entre las naciones que conforman el Reino Unido, que pueden llevar a una ruptura<sup>128</sup>. Cabe recordar que Escocia ya celebró un referéndum sobre su independencia en 2014<sup>129</sup>. Ganó el “no” debido en gran medida a que la Albión formaba parte de la Unión. El brexit puede inclinar la balanza a favor del “sí” si se repite la votación. El Gobierno escocés ya ha presentado (2019) un documento en el que propone la celebración de un nuevo referéndum sobre la independencia de su país<sup>130</sup>. En él alega su base democrática, la voluntad de que surja de un acuerdo con el Gobierno británico y presenta las reformas legislativas necesarias para su celebración. La propuesta es más ambiciosa que la de 2014, pues declara que Escocia tiene derecho a la autodeterminación y pide una delegación de competencias para que el Gobierno escocés pueda proponer referéndums cuando lo estime pertinente. No obstante, el Ejecutivo británico se ha mostrado muy reacio al respecto<sup>131</sup>. Y es necesario el acuerdo entre ambos para poder realizar un referéndum que abra las puertas a la independencia, puesto que el Parlamento escocés carece de competencia para aprobar una norma que permita

---

publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmpubadm/1485/1485.pdf), explica que ha habido un acercamiento entre los Gobiernos británico y los de Escocia y Gales en relación a la gestión competencial del brexit.

<sup>124</sup> BUSTOS, *op. cit.*, 50. M. COTTAKIS considera que el brexit puede (y debe) ser el origen de una constitución escrita en el Reino Unido. Véase su entrada: “After Brexit comes the battle for the soul of British democracy”, en *LSE Brexit 2020*, 4.2.2020 (<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2020/02/04/now-is-the-time-to-renew-uk-democracy/>).

<sup>125</sup> BUSTOS, *op. cit.*, 45.

<sup>126</sup> G. EVANS, “Devolution in Wales: From Assembly to Parliament”, en el blog de la UK Constitutional Law Association, 15.4.2020 (<https://ukconstitutionallaw.org/2020/04/15/gareth-evans-devolution-in-wales-from-assembly-to-parliament/>), quien informa acerca de la reivindicación de una mayor autonomía legislativa para Gales. Con todo, cabe significar que el Gobierno británico es consciente del problema y promete trabajar con las diversas administraciones para conseguir un reparto de competencias satisfactorio. Véase HM Government: *The future Relationship with the EU. The UK's Approach to Negotiations*, Febrero 2020, pág. 4, párr. 10 ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/868874/The\\_Future\\_Relationship\\_with\\_the\\_EU.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/868874/The_Future_Relationship_with_the_EU.pdf)).

<sup>127</sup> BUSTOS, *loc. cit.*, 43.

<sup>128</sup> R. MINTO, J. HUNT, M. KEATING y L. MCGOWAN, “A changing UK in a changing Europe: The UK State between European Union and Devolution”, *Political Quarterly*, 87:2, 2016, 7 ss./9. En cuanto a la relación entre la secesión interna y la retirada de la Unión, C. CLOSA, “Troubled membership: secession and withdrawal”, en C. CLOSA (Ed.), *Secession from a Member State and withdrawal from the European Union. Troubled membership*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 2 ss.

<sup>129</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Referéndum\\_para\\_la\\_independencia\\_de\\_Escocia\\_de\\_2014](https://es.wikipedia.org/wiki/Referéndum_para_la_independencia_de_Escocia_de_2014).

<sup>130</sup> “Scotland’s Right to Choose. Putting Scotland’s Future in Scotland’s Hands”, diciembre 2019. Puede consultarse en <https://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/corporate-report/2019/12/scotlands-right-choose-putting-scotlands-future-scotlands-hands/documents/scotlands-right-to-choose-putting-scotlands-future-in-scotlands-hands/govscot%3Adocument/scotlands-right-choose-putting-scotlands-future-scotlands-hands.pdf>. Al respecto véase C. MCCORKINDALE y A. MCHARG, “Constitutional Pathways to a Second Scottish Independence Referendum”, en el blog de la *UK Constitutional Law Association*, 13.1.2020 (<https://ukconstitutionallaw.org/2020/01/13/chris-mccorkindale-and-aileen-mcharg-constitutional-pathways-to-a-second-scottish-independence-referendum/>). Sobre un nuevo referéndum en Escocia véase también I. HALLIDAY, “Can the Scottish Parliament Legislate for a Second Independence Referendum?”, en el blog de la *UK Constitutional Law Association*, 13.2.2020 (<https://ukconstitutionallaw.org/2020/02/13/iain-halliday-can-the-scottish-parliament-legislate-for-a-second-independence-referendum/>).

<sup>131</sup> MCCORKINDALE y MCHARG, *op. cit.*, 2 s./15, quienes subrayan la necesidad de legalidad del referéndum y HALLIDAY, *op. cit.*, págs. 1 y 4/11.

una consulta al respecto pues se trata de una “materia reservada” conforme a *The Scotland Act (1998)*<sup>132</sup>. El otro foco de tensión es Irlanda del Norte, que tiene reconocido el derecho de autodeterminación. Así lo prevé la *Northern Ireland Act de 1998*, que codificó los Acuerdos de Viernes Santo. Establece que Irlanda del Norte forma parte del Reino Unido mientras la mayoría de su población no decida separarse de él para unirse a la República de Irlanda. El Secretario de Estado para Irlanda debe convocar un referéndum si parece existir una mayoría de ciudadanos a favor de la separación<sup>133</sup>.

**89.** En cuanto a los Estados miembros, el impacto del brexit dependerá de sus relaciones particulares con el Reino Unido<sup>134</sup>. Los más afectados serán aquellos que mayores vínculos económicos tienen (Irlanda, los Países Bajos y Luxemburgo) o aquéllos con lazos históricos más estrechos (Irlanda, Chipre o Malta). Aunque no es el caso de España, nuestra economía también sufrirá<sup>135</sup>. Es cierto que las exportaciones al Reino Unido están por debajo de la media de los Estados miembros, pero hay una gran exposición a la economía británica en el sector servicios; sobre todo, en el turismo, la banca, las telecomunicaciones y las inversiones directas. Se ha afirmado que la exposición crediticia de las entidades españolas al Reino Unido es significativamente más elevada que la de otros Estados miembros, sólo superada por los bancos irlandeses<sup>136</sup>. Y por supuesto está el tema de Gibraltar, al que ya nos hemos referido<sup>137</sup>.

**90.** Hay dos aspectos adicionales que van a tener una gran trascendencia para el futuro de todas las partes implicadas en el brexit. El primero de ellos es la relación con los Estados Unidos<sup>138</sup>. La gestión de Trump ha afectado muchísimo a la economía mundial y a la globalización. Su política proteccionista y su lucha con China por la supremacía comercial ha alterado las reglas de juego y ha puesto en jaque instituciones, acuerdos y principios que parecía bien consolidados hasta hace muy poco. El acceso de Boris Johnson al poder incrementó estos efectos dado el alineamiento que han experimentado la administración y política exterior británicas con las estadounidenses. Y la negociación de las relaciones futuras con la Unión Europea se ha resentido. Resulta significativo el cambio que se ha producido. Por ejemplo, Theresa May pidió a la Unión Europea que se mantuviera firme en defensa del liberalismo en los intercambios económicos internacionales; su sucesor parece secundar la política proteccionista norteamericana, con todas las incoherencias que ello supone. Sin embargo, la reciente (noviembre 2020) victoria de Joe Biden supone un revés para el primer ministro británico, dada la preocupación expresada por el nuevo presidente de los Estados Unidos acerca del futuro de los Acuerdos de Viernes Santo.

**91.** Y no menor importancia está teniendo el coronavirus. Su impacto en la economía es brutal, tanto que puede minimizar la trascendencia del brexit. Además, es la excusa perfecta para cualquier deci-

<sup>132</sup> Aunque el Parlamento escocés ha aprobado una ley sobre referéndums, no parece que sea suficiente. HALLIDAY (*op cit*, 2/11) afirma que sería necesaria una norma específica para convocar un referéndum sobre la independencia.

<sup>133</sup> Colin MURRAY critica que, hasta ahora, los Secretarios de Estado se hayan negado a informar sobre los criterios que toman en consideración para valorar si la mayoría de los norirlandeses desea abandonar el Reino Unido. Y subraya que la ley solamente obliga al Gobierno a presentar una ley que establezca la independencia de Irlanda del Norte; pero no especifica que el Parlamento esté obligado a aprobarla. Véase C. MURRAY, “A Referendum on a United Ireland: Perspectives from UK Constitutional Law”, en el blog de la *UK Constitutional Law Association*, 18.2.2020, págs. 2 y 4/9 (<https://ukconstitutionallaw.org/2020/02/18/colin-murray-a-referendum-on-a-united-ireland-perspectives-from-uk-constitutional-law/>).

<sup>134</sup> Véase GONZÁLEZ PÁRAMO y GARCÍA SERRADOR, *op. cit.*, 79.

<sup>135</sup> Véase C. MARTÍN MACHUCA y E. PRADES, “Exposición comercial y financiera de España al Reino Unido”, en J.L. VEGA, *Brexit: balance de situación y perspectivas*, Banco de España, Documentos ocasionales 109, 2019, 26 ss. También se muestra muy pesimista respecto de la repercusión para la economía española SERRANO, “La economía y el brexit”, *cit.*, 20 s.

<sup>136</sup> MARTÍN y PRADES, *loc. cit.*, 29. Es más, en el último informe elaborado para el Banco de España, se afirma que los perjuicios para la economía española serán superiores a los de los pesos pesados de la Unión. Véase A. BUESA, C. GARCÍA, C. I. KATARYNIUK, C. MARTÍN-MACHUCA, S. MORENO y M. ROTH, “Brexit: situation and economic consequences”, *Economic Bulletin Banco de España*, 4/2020, 8 ss.

<sup>137</sup> Véase *supra* § III.10. Protocolo sobre Gibraltar.

<sup>138</sup> Sobre el triángulo Reino Unido – Unión Europea – Estados Unidos, véase T. OLIVER y M.J. WILLIAMS, “Special relationships in flux: Brexit and the future of the US-EU and US-UK relationships”, *International Affairs*, 92: 3, 2016, 547 ss. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo es anterior a la presidencia de Donald Trump en Estados Unidos y de la elección de Boris Johnson como primer ministro británico.

sión económica, política y social, pues disculpa medidas que, en otras circunstancias, causarían un gran rechazo en la población y desestabilizarían los partidos que las secundan. Por ejemplo, puede absorber gran parte de las críticas que se harían al Gobierno británico si no llega a un acuerdo sobre las relaciones futuras con la Unión Europea<sup>139</sup>. Michael Gove ya lo ha utilizado para justificar que no se prorrogasen las negociaciones sobre las relaciones futuras. Explicó que, ante la incertidumbre que el covid-19 generaba, era necesario proporcionar certezas por lo que prorrogar las negociaciones sería contraproducente<sup>140</sup>.

## 2. Relaciones futuras: orientaciones y declaración política

**92.** El art. 50 TUE ordena negociar el acuerdo de salida teniendo en cuenta las relaciones futuras entre la Unión y el Estado que la abandona. Es un acierto, dado que un pacto (o varios) entre las dos partes que reglamente sus vínculos futuros y favorezca la cooperación puede(n) ayudar a paliar los efectos negativos de la retirada de un Estado miembro. De ahí que antes del 1 de febrero de 2020, fecha en la que el Reino Unido abandonó la Unión Europea, se sentaran las bases de esa negociación. Al respecto destacan tres documentos: las orientaciones adoptadas por el Consejo Europeo en la reunión de 23 de marzo de 2018, la Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido y el informe que Boris Johnson presentó al Parlamento británico con su aproximación a las negociaciones<sup>141</sup>.

**93.** El Consejo Europeo explicita la voluntad de la Unión Europea de llegar a un acuerdo duradero con el Reino Unido. Subraya la necesidad de que exista un equilibrio entre los derechos y obligaciones, basado en el principio de igualdad de condiciones. Recuerda que las cuatro libertades son indivisibles. La institución europea se explaya sobre los aspectos económicos, estableciendo diversas opciones y deseos sobre el comercio de mercancías y servicios, la movilidad de las personas, la conectividad de los transportes y la necesidad de tener en cuenta el desarrollo sostenible y la lucha contra el cambio climático. Merece destacarse la exigencia que realiza de que la relación futura se base en la lealtad competencial (*level playing field*). También ofrece cooperación fuera del ámbito económico; en particular, muestra su voluntad de colaborar en materia penal, policial y judicial, así como respecto de la política exterior, defensa y seguridad. Cabe destacar las referencias al tráfico de datos. El Consejo Europeo declara su preocupación respecto de la protección de los personales y sostiene que deberían aplicarse las normas europeas. Por último, subraya la importancia de establecer un sistema de gobernanza de los acuerdos sobre las relaciones futuras.

**94.** La Declaración política fue consensuada primero en febrero de 2019 con Theresa May<sup>142</sup> y luego en octubre del mismo año con Boris Johnson y debería constituir el paradigma de las negociaciones sobre las relaciones futuras entre el Reino Unido y la Unión Europea. Hace honor a su nombre, pues no encontramos en él ningún compromiso efectivo; simplemente la voluntad de las partes de cooperar y abrir procesos de diálogo. Hay dos aspectos que merecen subrayarse. El primero es el deseo de llegar a un acuerdo o asociación amplio, ambicioso y equilibrado en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes. El segundo es la necesidad de lealtad concurrencial -reivindicación constante de la Unión Europea a largo de todo el proceso negociador<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> Así E. MILLÁN, “El impacto del coronavirus sobre el Brexit se cierne sobre el campo español en forma de tarifas”, en *El Economista*, 25.5.2020 (<https://www.eleconomista.es/economia/noticias/10560487/05/20/El-impacto-del-coronavirus-sobre-el-Brexit-se-cierne-sobre-el-campo-espanol-en-forma-de-tarifas.html>). También se ha afirmado que la gestión de la pandemia ha incrementado los desencuentros entre las naciones que conforman el Reino Unido. Véase C. MAZA, “El Reino (des)Unido: la caótica gestión del covid-19 acelera las pulsaciones nacionalistas”, en *El Confidencial*, 12.5.2020 ([https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-05-12/reino-unido-tensiones-regionales-coronavirus\\_2591119/](https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-05-12/reino-unido-tensiones-regionales-coronavirus_2591119/)).

<sup>140</sup> Véase C. GALLARDO, “Michael Gove: Coronavirus will ‘concentrate the minds’ of EU Brexit negotiators”, en *Politico*, 27.4.2020 (<https://www.politico.eu/article/michael-gove-coronavirus-will-concentrate-the-minds-of-eu-brexit-negotiators/>).

<sup>141</sup> HM Government, *The future Relationship with the EU. The UK’s Approach to Negotiations*, cit.

<sup>142</sup> Publicada en DOUE C 66, de 19.2.2019.

<sup>143</sup> Sobre todo *cfr* párr. 77.

**95.** La Declaración política consta de cinco partes. La primera contiene las “disposiciones iniciales” que establecen las bases de la cooperación y los ámbitos de interés común. Las partes reflejan que la negociación debe basarse en los valores que comparten. De ahí que prevean que los compromisos futuros deben reflejar el deber del Reino Unido de respetar el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de la Unión y los Estados miembros de seguir vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**96.** La segunda parte tiene por objeto la asociación económica y es la más extensa, ya que se refiere al tráfico de mercancías, servicios e inversiones, al ámbito digital, a los movimientos de personas, capital y pagos, a la propiedad intelectual, a la contratación pública, al transporte, a la energía, a la pesca y a la cooperación a escala mundial. El Reino Unido y la Unión Europea exponen su voluntad de consensuar un acuerdo de libre comercio, basado en una competencia libre y leal. La finalidad es facilitar la circulación entre territorios, pero protegiendo los intereses merecedores de tutela, como los de los consumidores. Merece destacarse que, debido a la indivisibilidad de las cuatro libertades europeas, los acuerdos sobre la movilidad de las personas físicas se basarán en los principios de plena reciprocidad y no discriminación (párrafos 48 ss. Resulta significativo que las partes acuerden cooperar para frenar el cambio climático, conseguir un desarrollo más sostenible, reducir la contaminación transfronteriza, mejorar la salud pública y la protección de los consumidores, conseguir mayor estabilidad financiera y, sobre todo, luchar contra el proteccionismo en el comercio (párrafo 75)<sup>144</sup>.

**97.** La preocupación por el medio ambiente y la sostenibilidad de la economía futura están igualmente presentes en los acuerdos sobre la pesca. En los párrafos 71 ss las partes plasman su voluntad de cooperar para preservar la sostenibilidad de la misma, favorecer la conservación de recursos y promover un medio marino limpio, sano y productivo. Sin embargo, se muestran más crípticas con unos de los temas claves, que puede contribuir a la quiebra de las negociaciones. Se limitan a desear un acuerdo respecto del acceso a las aguas y al reparto de cuotas. Asimismo, prometen esforzarse por llegar a un pacto antes del 1 de julio de 2020 sobre las posibilidades de pesca relativas al primer año tras el periodo transitorio. Superada esta fecha, ni la prensa ni las partes informaron de que hubiera habido alcanzado consenso al respecto.

**98.** Bajo la rúbrica de “asociación en materia de seguridad”, la parte tercera plasma la voluntad de establecer una asociación amplia, completa y equilibrada en ámbitos diversos del económico. En primer lugar, respecto de la cooperación judicial y policial en materia penal. Su punto de partida es el respeto de los derechos y libertades fundamentales y la necesidad de que la relación entre derechos y obligaciones sea equilibrada. Se destacan tres extremos en los que la cooperación será esencial: el intercambio de datos a nivel policial, la cooperación operativa entre autoridades policiales y la judicial en materia penal, así como la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Otras áreas en las que acordaron cooperar estrechamente y de forma duradera son la política exterior, la seguridad y la defensa, la ciberseguridad, la protección civil (catástrofes naturales o creadas por el hombre), la seguridad sanitaria y la lucha contra la migración ilegal, el terrorismo y el extremismo violento. Merece destacarse que se prevé la participación del Reino Unido en Europol y Eurojust.

**99.** La cuarta parte versa sobre los aspectos institucionales y recuerda el Acuerdo de Retirada. Aborda tres cuestiones. La primera es la necesidad de contar con un marco institucional para el gobierno de las relaciones futuras, con independencia de que algunos extremos queden fuera de él. Prevé la creación de un Comité Mixto a esos efectos. El segundo extremo es la resolución de conflictos, que se canaliza a través de tres fases: debate y consultas entre el Reino Unido y la Unión Europea, sumisión al Comité Mixto y remisión de la disputa a una comisión independiente de arbitraje. Se prevé expresamente la posibilidad de que esta última someta las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comu-

---

<sup>144</sup> Esta idea estaba ya presente en la carta con la que Theresa May notificó la intención del Reino Unido de abandonar la Unión Europea. Véase *supra* § II.2. *Artículo 50 TUE: notificación de la retirada*.

nitario al Tribunal de Justicia (párr. 131). Por último, se contempla la posibilidad de hacer excepciones a este marco institucional en temas de seguridad. La última parte (“proceso breve”) es muy concisa. Esencialmente el Reino Unido y la Unión Europea se comprometen a negociar de buena fe, a preservar los Acuerdos de Viernes Santo y a convocar una conferencia de alto nivel al menos una vez cada seis meses para hacer balance de los progresos y acordar acciones futuras.

**100.** En febrero de 2020, tras el cambio de Primer Ministro e iniciarse el periodo transitorio, Boris Johnson presentó un informe al Parlamento británico con su aproximación a la negociación de las relaciones futuras<sup>145</sup>. En él muestra su conformidad con llegar a un acuerdo con la Unión; mas no solo uno, sino varios. De un lado, desea un amplio tratado de libre comercio, como el que la Unión Europea tiene con Canadá. Comprendería tanto bienes como servicios. En cuanto a los primeros, incluiría los productos agrícolas y manufacturados, deseando que tengan un libre acceso al mercado conforme al principio de la “regla de origen”, que se faciliten los trámites aduaneros y se supriman las tarifas, las barreras técnicas al comercio y las restricciones cuantitativas. Respecto de los servicios e inversiones, anhela la liberalización de su tráfico, de modo que los principios básicos serían el libre acceso al mercado, el trato nacional, la ausencia de requisitos de establecimiento y el principio de nación más favorecida. Igualmente, habría que permitir la entrada y circulación de personas físicas con fines empresariales y acordar el reconocimiento de cualificaciones profesionales para que no sean un obstáculo a la circulación de servicios. Existen previsiones específicas para las telecomunicaciones, los servicios de entrega, los audiovisuales, los financieros, los digitales y el transporte por carretera.

**101.** Dentro de los epígrafes dedicados al comercio de bienes y servicios, el Primer Ministro británico se refiere a la competencia, a la protección de los trabajadores y al medio ambiente. Estos tres ámbitos son especialmente controvertidos debido al temor de la Unión Europea a que el Reino Unido compita deslealmente. En el informe se apuesta por que las partes mantengan sus normas sobre la libre competencia respecto de los acuerdos restrictivos, el abuso de posición de dominio y el control de concentraciones. Rechaza la necesidad de alinear las leyes de las dos partes, en el sentido de que tanto el Reino Unido como la Unión Europea y los Estados miembros tendrán libertad para regular esta materia del modo que consideren más conveniente. No existe una referencia específica a las ayudas públicas, pero sí a los subsidios y a las empresas públicas. Respecto de los primeros, Boris Johnson expone que el Reino Unido establecerá su propia regulación al respecto, si bien ambas partes deberán informarse acerca de los que concedan, a imagen de las previsiones del acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Japón. Por su parte, las empresas públicas deben operar de forma leal, transparente y no discriminatoria. Respecto de los trabajadores y del medio ambiente, afirma que no deben disminuirse los niveles de protección existentes, mas reivindica la autonomía del Reino Unido para legislar sobre el particular.

**102.** Boris Johnson propone celebrar otros acuerdos que complementen el de libre comercio. Versarán sobre pesca, aviación, energía, seguridad social, participación en programas comunitarios, cooperación nuclear, cooperación judicial y policial en materia penal, así como asilo y migración ilegal, sin perjuicio de que puedan consensuarse convenios adicionales sobre otros temas. Interesa destacar que, en relación a la pesca, asevera que las cuotas deberán negociarse anualmente, lo que es contrario a los deseos de la Unión Europea. Igualmente, apunta que cada buque que acceda a las aguas británicas deberá obtener la licencia correspondiente e informar a las autoridades. En cuanto a la energía, recuerda la interconexión que existe entre el Reino Unido y algunos Estados miembros respecto del gas y de la electricidad.

**103.** Hay diversas constantes a lo largo del documento que merecen destacarse. En primer lugar, la independencia económica, política y jurídica del Reino Unido, que desea una relación de igual a igual con la Unión Europea. Son múltiples los extremos respecto de los que Boris Johnson afirma que el Reino Unido establecerá su propia política y legislación, sin necesidad de alinearse con la Unión Europea

<sup>145</sup> *The future Relationship with the EU. The UK's Approach to Negotiations*, cit.

y rechazando expresamente someterse a la doctrina del Tribunal de Justicia. En segundo término, el Primer Ministro británico realza el liderazgo de su país en diversos ámbitos; por ejemplo, respecto de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada. No obstante, tras realizar esta declaración afirma que desea colaborar con Eurojust y Europol. Por último, el Reino Unido exige el mismo trato que otros Estados con los que la Unión Europea ha concluido acuerdos.

### 3. Posibles acuerdos

**104.** Inicialmente la configuración de las relaciones postbrexit entre la Unión Europea y el Reino Unido estaba muy abierta. Existían diferentes posibilidades que giraban alrededor de la intensidad del acceso al mercado común, de la aceptación de las imposiciones legislativas europeas y de la contribución al presupuesto de la Unión<sup>146</sup>. En todas ellas había un equilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes. Se podían agrupar en torno a tres modelos.

**105.** El primero permitía disfrutar de una gran libertad de circulación dentro del mercado común, pero condicionada a una clara alineación con los intereses de la Unión y a la contribución a los presupuestos comunitarios. A él pertenece el Espacio Económico Europeo. Su finalidad es extender el mercado común a los países integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio. Por lo tanto, sus miembros (Noruega, Islandia y Liechtenstein) disfrutaban de una amplia libertad de circulación dentro del mercado común, aunque no se incluye totalmente la agricultura ni la pesca. A cambio, quedan sometidos a la normativa de la Unión, sin que puedan intervenir en el proceso de elaboración e interpretación, deben aceptar la libre circulación de personas y los Estados deben contribuir a las arcas europeas. Como no forman parte de la unión aduanera, el tráfico de mercancías y servicios se ve sometido a algunas restricciones no tarifarias, lo que incrementa los costes (en términos administrativos, cronológicos y monetarios) que soportan las empresas (documentación adicional, requisitos técnicos, embalaje, etiquetado, et). Igualmente, tampoco permite aprovecharse de las ventajas que generan los acuerdos de libre comercio firmados por la Unión Europea, aunque tienen libertad para pactar los que ellos quieran. El deseo del Reino Unido de controlar la inmigración, la voluntad de autonomía legislativa, el rechazo a seguir sujeto a la doctrina del Tribunal de Justicia y a continuar contribuyendo a las arcas de la Unión parecen excluir la posibilidad de incorporación del Reino Unido al Espacio Económico Europeo<sup>147</sup>.

**106.** Algo parecido sucede con la Asociación Europea de Libre Comercio. Es cierto que no se exige necesariamente que Suiza aplique la legislación europea, pero se espera que la acepte para que sus productos puedan acceder al mercado común<sup>148</sup>. Igualmente, la obligación de contribuir al presupuesto de la Unión también juega en contra de esta posibilidad. Asimismo, los bancos helvéticos no tienen derecho a establecerse en los Estados miembros y Suiza está fuera de la unión aduanera<sup>149</sup>. En cambio, las mercancías pueden circular por la Unión Europea, pero la agricultura no está incluida. Por último, se trata de un acuerdo harto complejo que, en el caso de Suiza, necesitó muchos años de negociación.

---

<sup>146</sup> HM Government, *Alternatives to membership*, cit., 13 ss., en el que se afirma que ninguna de estas alternativas ofrece las ventajas e influencia de la que disfrutaba el Reino Unido como Estado miembro; GONZÁLEZ PÁRAMO y GARCÍA SERRADOR, *op. cit.*, 74; SANDBU, *op. cit.*, 189 ss.; S. HIX, “Brexit: Where is the EU–UK Relationship Heading”, *Journal of Common Market Studies*, 56(1), 2018, 2 ss.; A. SORIANO ARNAZ, “Brexit: alternativas e intereses en el proceso de negociación”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 64, 2016, 50 ss.; PIRIS, *op. cit.*, 5 ss./15 PEET, *op. cit.*, 350 ss y T. SASTRE, “Brexit: el largo y complejo proceso de negociación”, en J.L. VEGA, *Brexit: balance de situación y perspectivas*, Banco de España, Documentos ocasionales 109, 2019, 12 ss.

<sup>147</sup> Con todo, es la situación que se asemeja más a la condición de Estado miembro de la Unión Europea. De ahí que el Gobierno Cameron secundara esta opción, si los británicos votaban a favor del brexit en el referéndum de 2016. Véase *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 20

<sup>148</sup> HM Government, *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 26

<sup>149</sup> HM Government, *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 26 y 29.

**107.** El segundo modelo aglutinaba los acuerdos que facilitan la circulación de mercancías, como las uniones aduaneras (Turquía, Andorra y San Marino) o los de libre comercio. Las primeras permiten que determinados productos (industriales y agrícolas procesados) de los Estados pertenecientes a las mismas puedan acceder y comercializarse libremente en el mercado común, respetando las normas comunitarias, y viceversa. Exigen el alineamiento sobre los aranceles exteriores y obligan a establecer normas comunes en diversos ámbitos, como aduanas. Este tipo de acuerdo no está pensado para los servicios, cuyo acceso al mercado común está restringido<sup>150</sup>. De ahí que no tuviera mucho atractivo para el Reino Unido. Igualmente, tampoco pueden beneficiarse de los pactos de libre comercio con terceros países.

**108.** Los Acuerdos de Libre Comercio son muy variados, existiendo grandes diferencias entre ellos; especialmente entre los tradicionales y los llamados de nueva generación. Comportan menos obligaciones para sus partes que el Espacio Económico Europeo y la Asociación Europea de Libre Comercio, pero el acceso al mercado único también es menor. Así, abren las puertas a los bienes, facilitando su importación y exportación, si bien debe acreditarse que han sido elaborados en el país que ha firmado el acuerdo de libre comercio (regla del origen). Inicialmente, los servicios estaban excluidos de los acuerdos de libre comercio; pero actualmente se incluyen, por lo que el Reino Unido y la Unión Europea pueden llegar a un pacto al respecto<sup>151</sup>. Comportan la supresión de derechos de aduana, facilitan el tráfico transfronterizo, reducen la carga burocrática y crean nuevas oportunidades de inversión. Igualmente, no exigen aceptar la libre circulación de personas, ni contribuir al presupuesto comunitario. No obstante, los países que tienen un acuerdo de libre comercio con la Unión carecen de voto y veto respecto de las normas comunitarias, que deben cumplir, en cierta medida, para poder comercializar productos en el territorio de los veintisiete. Igualmente, tampoco se benefician de los acuerdos de libre comercio que la Unión tiene con terceros Estados. Y sus empresas tienen dificultades para proteger directamente sus intereses. En caso de conflicto es el Estado quien debe promover un arbitraje conforme a las previsiones del Acuerdo.

**109.** La última posibilidad es la aplicación de las reglas de la Organización Mundial del Comercio. El principio básico es el de nación más favorecida, según el cual los países no pueden hacer discriminaciones entre sus socios comerciales. Esencialmente significa que la Unión Europea deberá aplicar a los productos británicos las mismas tarifas que a los demás Estados miembros, y a la inversa, no pudiendo dispensarse ningún trato preferencial<sup>152</sup>. No exigen aceptar la libre circulación de personas, ni la aplicación del Derecho de la Unión, ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ni la contribución al presupuesto comunitario. Pero la resolución de controversias es harto complicada, pues debe acudir a los procedimientos previstos en las normas de la Organización. Cabe mencionar que se trata de la solución subsidiaria; es decir, sería la que regiría las relaciones entre las dos partes si no se llegara a un acuerdo. Y según un informe del Gobierno británico de 2016, impactaría muy negativamente en la economía británica<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> PEET, *op. cit.*, 351.

<sup>151</sup> HIX, *op. cit.*, 3. En el informe *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 25 y 31, el Gobierno británico calculó que el sector servicios constituye el 80% de la economía británica.

<sup>152</sup> En la página 38 del informe *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., se afirma: “The UK would face a stark choice: lower tariffs for all countries in the world, or raise tariffs with respect to the EU. The first option would undermine our position in future trade negotiations. The second option would raise costs for businesses and consumers.”

<sup>153</sup> HM Government, *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, cit., 35 ss., donde se calificaba del peor escenario posible. Destaca que la imposición de tarifas encarecería los bienes, reduciendo la competitividad internacional de los británicos y encareciendo los comunitarios, los ciudadanos británicos perderían el derecho a vivir, trabajar y viajar libremente por la Unión, el Reino Unido y la Unión Europea no podrían ofrecerse condiciones ventajosas de acceso al mercado debido al principio de nación más favorecida, ni el primero podría beneficiarse de los acuerdos de libre comercio que tiene el último.

En contra, MINFORD, “How Britain will react to a WTO-based brexit”, cit., 1 ss. Considera que las normas de la OMC beneficiarán al Reino Unido dado que no permitirán tarifas ni otras barreras arbitrarias, posibilitarán la conclusión de acuerdos de libre comercio con Estados no-miembro, llevarán a un ajuste mundial de los precios del Reino Unido y, en general, potenciarán la competitividad del país.

**110.** Interesa comentar que estas alternativas ciñen sus efectos al ámbito económico. Ninguna de ellas contempla la cooperación en otros aspectos, como la seguridad o la protección. Por lo tanto, en caso de que el Reino Unido y la Unión Europea deseen llegar a algún tipo de pacto al respecto, como consensuaron en la Declaración política, deberían negociar y concluir convenios específicos. Así lo han hecho países que tienen alguno de los anteriores acuerdos; por ejemplo, Noruega tiene acuerdos de cooperación específicos respecto de Europol y Eurojust.

#### 4. Negociación del acuerdo (o acuerdos) sobre las relaciones futuras

##### A) Desencuentros durante las negociaciones

**111.** Vistas las posibilidades existentes, la que se ajustaba más a la voluntad de las partes era un acuerdo de libre comercio<sup>154</sup>. Así lo entendieron y manifestaron las partes en la Declaración política de octubre de 2019<sup>155</sup>, es lo que negociaron a lo largo de nueve rondas y el resultado final<sup>156</sup>. Sin embargo no fue fácil pues desde principios de marzo hasta finales de diciembre los representantes de la Unión Europea y del Reino Unido, Michel Barnier y David Frost, fueron de desencuentro en desencuentro<sup>157</sup>. Cuatro fueron los temas especialmente conflictivos. El primero fue el marco de referencia. El Reino Unido afirmaba querer un acuerdo de libre comercio como los que la Unión Europea había firmado con otros países y utilizó como referente el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) con Canadá<sup>158</sup>. Reprochó a la Unión no respetar su soberanía y exigirle mayores obligaciones que a otros países; en particular, le censuró querer imponerle las normas comunitarias y la sumisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

**112.** La Unión Europea replicó que las circunstancias del Reino Unido no eran iguales a las de otros países, tanto por la cercanía geográfica, que condiciona la competencia entre sus empresas, como por la intensidad de sus relaciones comerciales y no comerciales<sup>159</sup>. En segundo lugar, no existe un modelo único de acuerdo de libre comercio, sino que cada uno conlleva un equilibrio de derechos y obligaciones que las partes deben aceptar, lo que no hace el Reino Unido pues desea acceder al mercado común como los demás Estados miembros sin aceptar la carga que esa condición conlleva<sup>160</sup>. Y tercero, a

<sup>154</sup> GONZÁLEZ PÁRAMO y GARCÍA SERRADOR, “Las consecuencias económicas del bréxit”, cit., 74. Así lo declaró también Theresa May en el discurso de 17 de enero de 2017 sobre los objetivos de la negociación del brexit. Puede verse un extenso borrador de acuerdo en <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/200318-draft-agreement-gen.pdf>. Igualmente, la conferencia de prensa de Michel Barnier en relación a la tercera ronda de negociaciones, disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_20\\_895](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_895).

<sup>155</sup> Así lo afirma expresamente en el documento *The future Relationship with the EU. The UK's Approach to Negotiations*, cit., pág. 3, párrafo 6 y la carta que David Frost dirigió a Michel Barnier el 19.5.2020, disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/886168/Letter\\_to\\_Michel\\_Barnier\\_19.05.20.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/886168/Letter_to_Michel_Barnier_19.05.20.pdf).

Puede verse un borrador de los acuerdos que proponen en <https://www.gov.uk/government/publications/our-approach-to-the-future-relationship-with-the-eu> (Reino Unido) y [https://ec.europa.eu/info/publications/draft-text-agreement-new-partnership-united-kingdom\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/draft-text-agreement-new-partnership-united-kingdom_en) (Unión Europea).

<sup>156</sup> Puede consultarse la información sobre las rondas de negociación en [https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/future-partnership/negotiation-rounds-future-partnership-between-european-union-and-united-kingdom\\_en](https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/future-partnership/negotiation-rounds-future-partnership-between-european-union-and-united-kingdom_en). En cuanto a las declaraciones posteriores a las rondas de negociación, véase <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-uk-negotiations-on-the-future-relationship/>.

<sup>157</sup> Véase el cruce de cartas entre ambos en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/886168/Letter\\_to\\_Michel\\_Barnier\\_19.05.20.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/886168/Letter_to_Michel_Barnier_19.05.20.pdf) y [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit\\_files/info\\_site/uktf20203060790\\_-\\_mb\\_-\\_reply\\_to\\_df.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/uktf20203060790_-_mb_-_reply_to_df.pdf). Otro ejemplo es el discurso de Michel Barnier ante el Comité Económico y Social Europeo el 10 de junio de 2020, disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_20\\_1037](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_1037).

<sup>158</sup> Así lo subraya David Frost en la carta de 19.5.2020, en la que niega que deseen quedarse dentro del mercado común y que estén negociando paralelamente con los Estados miembros.

<sup>159</sup> Véase European Commission, Task Force for Relations with the United Kingdom: “Trade Agreements: Geography and trade intensity”, UKTF (2020) 13 – Commission to EU 27, 19.2.2020 ([https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp-20200218-trade-geography2\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp-20200218-trade-geography2_en.pdf)).

<sup>160</sup> Véase la réplica de Michel Barnier a la carta de David Frost de 19.5.2020 en [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit\\_files/info\\_site/uktf20203060790\\_-\\_mb\\_-\\_reply\\_to\\_df.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/uktf20203060790_-_mb_-_reply_to_df.pdf).

pesar de utilizar el CETA como referente, las peticiones del Reino Unido iban más allá en determinados ámbitos, solicitando el mismo trato que Estados que tienen vínculos muy estrechos con la Unión, que asumen sus normas y contribuyen a las arcas comunitarias<sup>161</sup>.

**113.** Otro motivo de enfrentamiento fue la lealtad competitiva. Debido a la intensidad de las relaciones comerciales, la historia común, la proximidad geográfica y a que el acuerdo sería el más ambicioso que hubiera firmado, la Unión Europea exigía que su contraparte actuara lealmente y ofreciera garantías respecto del Derecho de la competencia y las ayudas públicas, la protección del medio ambiente, las políticas social y tributaria, así como las medidas regulatorias. Esas peticiones chocaron con la retórica británica sobre su independencia. Orgullosos de haber recuperado su plena soberanía, reivindicaron el trato de igual a igual y explicaron que no estaban dispuestos a aceptar que la Unión les impusiera norma alguna. Consideraban que las peticiones de la Unión Europea negaban su condición de Estado soberano al exigirles la sumisión a las normas y estándares comunitarios en determinados ámbitos<sup>162</sup>. Añadían que ya se habían comprometido a actuar lealmente y que la Unión no había reclamado previsiones semejantes a los países con los que tiene pactos de libre comercio<sup>163</sup>. Sin embargo, el temor a una descomunal inversión pública para que las empresas británicas puedan adaptarse a la desenfrenada evolución tecnológica provocó los recelos de Bruselas y dificultó el consenso<sup>164</sup>.

**114.** La pesca también fue un tema conflictivo. Las partes chocaban en la determinación de las cuotas. Mientras que la Unión quería un acuerdo para varios años al considerarlo un extremo esencial de su relación, el Reino Unido deseaba concretarlas anualmente y además quería imponer una licencia obligatoria para acceder a las aguas británicas<sup>165</sup>. Aunque sólo representa sólo el 0,12% de su PIB, que es casi sesenta veces menos que el de los servicios financieros, el consenso parecía difícil debido a su importancia política. Los euroescépticos deseaban recuperar la soberanía plena sobre las aguas británicas y la mayoría de los distritos pesqueros británicos habían votado a los conservadores, por lo que Boris Johnson no podía permitirse el lujo de perderlos. Además, tenía gran importancia para Escocia, por lo que una concesión a la Unión podría incrementar el independentismo en este país.

**115.** Barnier y Frost también chocaron respecto de la gobernanza del Acuerdo. La Unión Europea defendía la unidad del sistema, en el sentido de que todo el acuerdo o acuerdos debían quedar sometidos a las mismas normas de interpretación y aplicación. El Reino Unido lo rechazaba. Se mostraba partidario de varios convenios: uno de libre comercio que liberalizase el tráfico de bienes y servicios, y otros complementarios de contenido heterogéneo; cada uno con su propio régimen de gobernanza. Además se negaba a aceptar que el Tribunal de Justicia desempeñase algún papel en ellos<sup>166</sup>.

<sup>161</sup> En efecto, aunque el CETA era el paradigma, el Reino Unido no dudó en apelar a otros acuerdos de libre comercio, como los de Japón o Nueva Zelanda, pedir la asimilación con Noruega (pesca) o Suiza (energía), cuyos vínculos con la Unión son mucho más estrechos, o prescindir de los precedentes cuando convenía a sus intereses (por ejemplo, respecto del sector digital).

<sup>162</sup> En la carta de 19.5.2020, David Frost explica que “(w)e have been clear that the UK will have high standards and, in many cases, higher standards than those in the EU. However, we cannot accept any alignment with EU rules, the appearance of EU law concepts, or commitments around internal monitoring and enforcement that are inappropriate for an FTA”.

Véase también T. KOTSONIS, “Long read: the problem of the level playing field – and how it might be overcome”, 18.3.2020, en el blog *LSE Brexit 2020* (<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2020/03/18/long-read-the-problem-of-the-level-playing-field-and-how-it-might-be-overcome/>).

<sup>163</sup> En la carta de 19.5.2020, David Frost asevera: “Overall, at this moment in negotiations, what is on offer is not a fair free trade relationship between close economic partners, but a relatively low-quality trade agreement coming with unprecedented EU oversight of our laws and institutions”.

<sup>164</sup> R. DE MIGUEL: “Johnson prepara a los británicos para un Brexit duro a finales de año”, *El País*, 7.9.2020 (<https://elpais.com/internacional/2020-09-06/johnson-prepara-a-los-britanicos-para-un-brexit-duro-a-finales-de-ano.html>).

<sup>165</sup> Al respecto, G. ABRIL: “La pesca, el caladero de la discordia del Brexit”, *El País*, 4.12.2020 (<https://elpais.com/internacional/2020-12-03/la-pesca-el-caladero-de-la-discordia-del-brexit.html>).

<sup>166</sup> Por ejemplo, C. MAZA: “Los ordagos son para no cumplirlos: Boris Johnson no se levantará de la mesa del Brexit”, *El Confidencial*, 14.10.2020 ([https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-10-14/brexit-nueva-ronda-negociaciones-ordago-boris-johnson\\_2789135/](https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-10-14/brexit-nueva-ronda-negociaciones-ordago-boris-johnson_2789135/)).

**116.** Aunque estos fueron los principales puntos de fricción, aparecieron otros durante las negociaciones, que se fueron resolviendo. Cabe añadir que la Unión Europea condicionaba el avance de las negociaciones al cumplimiento del Acuerdo de Salida. Michel Barnier destacó dos extremos del mismo: los derechos y libertades de los ciudadanos y el Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte. Tras la cuarta reunión del Comité Mixto, que tuvo lugar en mediados de octubre de 2020, Maroš Šefčovič se mostraba satisfecho con el progreso respecto de la Parte Segunda del Acuerdo de Retirada<sup>167</sup>. No sucedía lo mismo con el Protocolo de Irlanda e Irlanda del Norte. Mostraba su preocupación por la falta de avances suficientes respecto del criterio para determinar el riesgo de que mercancías procedentes de Irlanda del Norte terminaran en el mercado comunitario y del régimen de los subsidios agrícolas. Igualmente, reiteraba la necesidad de que el Reino Unido acelerará los trabajos para implementar los controles fronterizos, el IVA y el registro de comerciantes norirlandeses precisamente a efectos de este último impuesto<sup>168</sup>.

## **B) UK Internal Market Bill**

**117.** Durante las nueve rondas de negociación hubo diversos momentos críticos. Destacamos dos. El primero fue en junio, cuando el Reino Unido comunicó que no deseaba prorrogar el periodo transitorio ni el plazo de negociación de las relaciones futuras. Tras esa declaración, el 15 de junio tuvo lugar una conferencia de alto nivel entre Boris Johnson, Ursula von der Leyen, Charles Michel y David Sassoli. En ella acordaron continuar con las negociaciones y, como consecuencia inmediata, las comisiones de las dos partes intensificaron sus trabajos, según comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea de 25 de junio de 2020<sup>169</sup>. Sin embargo, las buenas intenciones no eliminaron los escollos existentes<sup>170</sup>.

**118.** El segundo tuvo lugar a principios de septiembre cuando la prensa informó del proyecto de Ley del Mercado Interior del Reino Unido (*UK Internal Market Bill*)<sup>171</sup>. La razón es que su aprobación podría significar el incumplimiento del Acuerdo de Retirada; en particular del Protocolo de Irlanda e Irlanda del Norte. Permitiría a los ministros británicos sancionar normas que posibilitarían la circulación de mercancías desde Irlanda del Norte sin cumplir las disposiciones aduaneras europeas, a pesar del riesgo de que acabasen en el mercado comunitario, y conceder ayudas públicas sin notificarlas a la Unión. Aunque inicialmente reconocieron que el proyecto suponía un incumplimiento del Acuerdo de Retirada<sup>172</sup>, Boris Johnson y sus acólitos lo justificaron por la necesidad de mantener la unidad de mercado británico en caso de que fracasase la negociación sobre las relaciones futuras<sup>173</sup>. Igualmente alegaron que constituía una clarificación del Protocolo referido, que no era suficientemente preciso en múltiples aspectos<sup>174</sup>. Pero la propuesta se explicaba mejor por la voluntad de mantener

<sup>167</sup> Puede consultarse la declaración de la Comisión Europea al respecto en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_20\\_1948](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1948).

<sup>168</sup> Véase la entrada “Tercera reunión del Comité Mixto (28.9.2020)”, en el blog *Brexit y libertad de establecimiento: aspectos societarios, fiscales y de extranjería*, 29.9.2020 (<https://blogs.uab.cat/litigacioint11/2020/09/29/tercera-reunion-del-comite-mixto-28-9-2020/>).

<sup>169</sup> Así lo informó el Consejo Europeo en su declaración de 15 de junio de 2020, que puede consultarse en EU-UK Statement following the High Level Meeting on 15 June 2020 - Consilium (europa.eu).

<sup>170</sup> Y así lo reconoció Michel Barnier el 2 de julio de 2020. Véase la entrada “Continúan los desencuentros en las negociaciones de las relaciones futuras”, en el blog *Brexit y libertad de establecimiento: aspectos societarios, fiscales y de extranjería*, de 7.7.2020 (<https://blogs.uab.cat/litigacioint11/2020/07/07/continuan-los-desencuentros-en-las-negociaciones-de-las-relaciones-futuras/>).

<sup>171</sup> <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0177/20177.pdf>. Los primeros que informaron sobre el tema fueron P. FOSTER, S. PAYNE y J. BRUNSDEN: “UK plan to undermine withdrawal treaty puts Brexit talks at risk”, *The Financial Times*, 6.9.2020.

<sup>172</sup> Chris GREY explica que el Secretario de Estado para Irlanda del Norte, B. Lewis, reconoció que la Ley del Mercado Interno comportaba el incumplimiento del Acuerdo de Retirada. Véase la entrada “The descent into political insanity”, cit.

<sup>173</sup> Véase H. STEWART: “Brexit withdrawal deal: What is No 10 Playing at?”, *The Guardian*, 7.9.2020, (<https://www.theguardian.com/politics/2020/sep/07/withdrawal-deal-what-is-no-10-playing-at>).

<sup>174</sup> L. O’CARROLL: “Brexit Bill criticises as ‘eye-watering’ breach of international law”, *The Guardian*, 9.9.2020 (<https://www.theguardian.com/politics/2020/sep/09/brexit-bill-northern-ireland-criticised-as-obvious-breach-of-international-law>).

la promesa electoral de que los empresarios norirlandeses podrían acceder al mercado británico sin traba alguna<sup>175</sup>.

**119.** La Unión Europea exigió al Reino Unido que retirara el proyecto de Ley en el plazo de un mes<sup>176</sup>. El Gobierno Johnson se negó, alegando que la soberanía del pueblo británico estaba por encima de todo. Sin embargo, debido a las presiones internas de miembros del partido conservador, se modificó la propuesta inicial, en el sentido que la competencia para aprobar las disposiciones referidas sería del Parlamento y no del Gobierno o de los Ministerios<sup>177</sup>. Posteriormente la *House of Lords* enmendó las disposiciones más problemáticas. No obstante, fue una solución provisional porque el proyecto debía pasar por la *House of Commons* y el Gobierno Johnson aseveró que volvería a introducir las disposiciones enmendadas; aunque más tarde informó que no lo haría a fin de desencallar la situación<sup>178</sup>.

### C) Acuerdo sobre Comercio y Cooperación

**120.** A siete días para que terminara el plazo límite, el 31 de diciembre de 2020, el Reino Unido y la Unión Europea alcanzaron el ansiado consenso sobre su relación futura<sup>179</sup>. Su denominación oficial es *Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra* y se publicó

<sup>175</sup> No obstante, no cabe descartar que se tratase de una maniobra política para conseguir una posición de poder en la negociación de las relaciones futuras. Véase D. BOFFEY, J. ELGOT y H. STEWART, “Leaked EU cables reveal growing mistrust of UK brexit talks”, *The Guardian*, 7.9.2020 (<https://www.theguardian.com/politics/2020/sep/07/leaked-eu-cables-reveal-mistrust-of-uk-motives-in-brexit-talks>) y J. ELGOT, L. O’CARROLL y J. RANKIN, “Brexit: Boris Johnson to override EU withdrawal agreement”, *The Guardian*, 7.9.2020 (<https://www.theguardian.com/politics/2020/sep/06/five-weeks-clinch-brexit-deal-uk-move-boris-johnson-to-say>).

<sup>176</sup> R. DE MIGUEL, “La UE exige a Johnson que rectifique y amenaza con una respuesta legal”, *El País*, 11.9.2020 (<https://elpais.com/internacional/2020-09-10/la-ue-exige-a-johnson-que-rectifique-y-le-da-de-plazo-hasta-fin-de-mes.html>); D. BOFFEY y L. O’CARROLL, “Brexit: EU launches legal action against UK for breaching withdrawal agreement”, *The Guardian*, 1.10.2020; N. ALARCÓN y C. MAZA, “Lija y seda: Bruselas abre expediente a UK por violar el acuerdo pero sigue negociando”, *El Confidencial*, 1.10.2020. Interesa subrayar que el incumplimiento aparece referido al art. 5 del Acuerdo de Retirada, que obliga a las partes a negociar de buena fe, y no al Protocolo de Irlanda e Irlanda del Norte. La razón es que el proyecto de Ley no se había aprobado, ni entrado en vigor, y tampoco se había adoptado medida infractora alguna.

<sup>177</sup> C. MAZA, “Crece el optimismo para un acuerdo comercial del Brexit pese al ‘teatro’ de Boris”, *El Confidencial*, 28.9.2020 ([https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-09-28/crece-el-optimismo-para-un-acuerdo-comercial-del-brexit\\_2764987/](https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-09-28/crece-el-optimismo-para-un-acuerdo-comercial-del-brexit_2764987/)).

<sup>178</sup> R. DE MIGUEL, “Boris Johnson corrige la ley que violaba el acuerdo del Brexit como gesto de buena voluntad hacia la UE”, *El País*, 8.12.2020 (<https://elpais.com/internacional/2020-12-08/johnson-corrige-la-ley-que-violaba-el-acuerdo-del-brexit-como-gesto-de-buena-voluntad-hacia-la-ue.html>).

<sup>179</sup> La complejidad procedimental de la aprobación del Acuerdo exigía que estuviera listo mucho antes; inicialmente se consideraba que la fecha máxima era mediados de octubre. Se esperaba un texto muy largo, que debería traducirse a todas las lenguas oficiales de la Unión, transitar por once comisiones parlamentarias y ser aprobado por la Eurocámara y el Consejo europeo. En cuanto al último requisito, se aplicarían los artículos 207 TFUE, si se inscribía dentro de la política comercial común, o 218 si desbordaba ese marco. Además, si afectaba a competencias de los Estados miembros, sería considerado como un acuerdo mixto, por lo que su aprobación precisaría además la aquiescencia de los veintisiete (*rectius*, de treinta y ocho parlamentos pues hay Estados que exigen su aprobación por legislativos regionales), tal y como aseveró el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017. Respecto de este extremo, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos Comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, *La Ley Unión Europea*, núm. 68, 31 de marzo de 2019, 8 ss./60 y J. DIEZ-HOCHLEITNER, “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017, 403 ss. Quiero mostrar mi agradecimiento a la profesora Montse Pi LLORENS por la valiosa ayuda prestada en este tema.

Por esa razón se habían programado inicialmente nueve rondas de negociación que empezaron en marzo y terminaron a principios de octubre de 2020. Pese a no alcanzarse el consenso necesario antes de la reunión del Consejo Europeo de 15 y 16 de octubre y las amenazas de Boris Johnson, las negociaciones continuaron bajo la espada de Damocles de nuevas fechas límites semanales o quincenales. Cabe añadir que el plazo de negociación podía haberse aprobado una prórroga de uno o dos años; pero a mediados de junio el Reino Unido ratificó oficialmente su decisión de no postergar las negociaciones más allá de finales de 2020. Por ejemplo, *EU-UK Statement following the High Level Meeting on 15 June*, Brussels 15 June 2020 (STATEMENT/20/1067).

en el Diario Oficial L 444, de 31 de diciembre de 2020<sup>180</sup>. Entró en vigor provisionalmente el 1 de enero de 2021 y deberá ser aprobado y ratificado conforme a la normativa de las dos Partes. Sólo entonces adquirirá vigencia definitiva; pero existe una fecha máxima para ello: el 28 de febrero de 2021 (art. Finprov.11). Se trata de un documento muy largo (1246 páginas en la versión inglesa), estructurado en siete partes<sup>181</sup>, 49 anexos y tres protocolos. La numeración de sus artículos resulta particular pues se compone de una abreviatura alfabética, relativa a su contenido, seguida de un ordinal. Cabe subrayar que, pasados cinco años, las Partes deberán revisar su aplicación (art. Finprov.3).

**121.** Dada su longitud, exponemos sucintamente su contenido conforme a los cuatro elementos en que lo descompone la Comisión Europea<sup>182</sup>. Se refiere al primero con el título de “Comercio libre, leal y sostenible” y destaca que una de las finalidades básicas es facilitar la circulación de las mercancías. De ahí que se hayan suprimido aranceles y cuotas a su comercio, siempre que se respete la *regla del país de origen*. Ahora bien, se han introducido procedimientos aduaneros y declaraciones tributarias, con lo que existe más burocracia que antes, cuando el Reino Unido formaba parte de la unión aduanera, y más costes, que son especialmente perjudiciales para las pequeñas y medianas empresas<sup>183</sup>. Por otra parte, desaparece la libre circulación de personas y, también, de trabajadores. Los ciudadanos de una Parte que deseen viajar a la otra necesitarán un visado cuando la permanencia supere noventa días. Con todo, se permiten las estancias breves de profesionales y empresarios por motivos de negocios.

**122.** La Comisión destaca que el Acuerdo contiene medidas para garantizar la lealtad concurrencial de las Partes<sup>184</sup>. Ahora bien, una opinión autorizada ha afirmado que las previsiones existentes no alcanzan al ámbito tributario: se limitan al Derecho de la competencia, incluidas las ayudas públicas (subvenciones), la preservación del medio ambiente y la tutela de los derechos de los trabajadores<sup>185</sup>. Por otra parte, no es necesario la armonización de las normas sobre estos extremos; las Partes tienen libertad para aprobar las que estimen oportunas. Pero si una se extralimita, la otra puede restringir el acceso a su mercado<sup>186</sup>.

**122.** El régimen de prestación de servicios es más libre que el previsto por la Organización Mundial del Comercio, aunque no alcanza el umbral del que disfrutaban los nacionales de los veintisiete Estados miembros<sup>187</sup>. Se incluyen normas sobre los servicios financieros, pero no se liberaliza su circu-

<sup>180</sup> Puede consultarse en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_2020.444.01.0014.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_2020.444.01.0014.01.ENG). Merece destacarse que Gibraltar queda excluido expresamente de su ámbito de aplicación, que aparece determinado en el artículo Finprov.1.

<sup>181</sup> Disposiciones comunes e institucionales; Comercio, transporte, pesca y otras disposiciones; Cooperación policial y judicial en materia penal; Cooperación temática; Participación en programas de la Unión, buena gestión financiera y disposiciones financieras; Solución de diferencias y disposiciones horizontales; Disposiciones finales.

<sup>182</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit\\_files/info\\_site/6\\_pager\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/6_pager_final.pdf). Puede consultarse la documentación más importante en [https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/publications-and-news/documents-related-work-task-force-relations-united-kingdom\\_en](https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/publications-and-news/documents-related-work-task-force-relations-united-kingdom_en).

<sup>183</sup> Jorge TUÑÓN, “Acuerdo del Brexit: bien, pero tampoco para echar las campanas al vuelo”, *El Economista*, 12.1.2021, (<https://www.economista.es/opinion-blogs/noticias/10986434/01/21/Acuerdo-del-Brexit-bien-pero-tampoco-para-echar-las-campanas-al-vuelo.html>). El *Financial Times* subraya que también se resentirá en gran medida el tráfico de productos químicos y de vehículos. Véase el artículo “Brexit trade deal explained: the key parts of the landmark agreement”, *Financial Times*, 25.12.2020. En cuanto a las PYMEs, el Título VII del Epígrafe Primero de la Parte Segunda les dedica diversas previsiones para conseguir que se beneficien de la liberalización del comercio de mercancías.

<sup>184</sup> En cuanto a la primera, Enrique FEÁS tiene razón cuando explica que el llamado *level playing field* no exige la armonización de las normas de los dos bloques, sino sencillamente mantener los estándares existentes antes de la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Véase su entrada “Diez malentendidos sobre el Acuerdo de Brexit”, en *Blog New Deal*, 18.12.2020 (<http://blognewdeal.com/enrique-feas/diez-malentendidos-sobre-el-acuerdo-de-brexit/>).

<sup>185</sup> FEÁS, “Diez malentendidos sobre el Acuerdo de Brexit”, cit. Sin embargo, cabe subrayar que existe una normativa específica en materia de fiscalidad dentro del Título XI dedicado a la igualdad de condiciones concurrenciales.

<sup>186</sup> Así lo subrayan “Brexit trade deal explained: the key parts of the landmark agreement”, cit. y “The Brexit deal (1). Britain’s Swiss role”, *The Economist*, 2.1.2021, 39.

<sup>187</sup> Resulta relevante que el apartado 2 del artículo Servin.1.1 disponga que las partes tienen derecho a aprobar las normas que consideren pertinentes en relación a los servicios para conseguir objetivos políticos legítimos.

lación<sup>188</sup>. La Unión deberá decidir sobre la “equivalencia” de las normas del Reino Unido a fin de determinar si las empresas británicas pueden prestar servicios financieros en los territorios de los veintisiete. A pesar de las indudables ventajas que tiene la apertura de los mercados europeos para los productos financieros de la Albión, algunos analistas británicos defienden que hay vida más allá de la Unión<sup>189</sup>. Primero, existe un equilibrio de poder, pues en la *City* se negocia una parte muy importante de los activos de las empresas y Estados europeos. Segundo, hay mercados muy atractivos fuera de Europa (Asia y África), que pueden compensar la pérdida del acceso a los de los veintisiete. Y tercero, la normativa y procedimientos comunitarios pueden resultar terriblemente burocráticos.

**123.** La segunda parte es la “cooperación económica, social y medioambiental”. La Comisión destaca que el Acuerdo contiene medidas para asegurar la conectividad de los transportes, a fin de que el tráfico de pasajeros y de mercancías entre las dos Partes no se resienta<sup>190</sup>. Ahora bien, las empresas británicas pierden la capacidad de cabotaje nacional, con excepciones, respecto de los veintisiete y también la llamada quinta libertad aérea; *i.e.* el derecho a embarcar y desembarcar pasajeros, mercancías o correos con destino o precedentes de un tercer Estado (arts. Airtrn.2 y ss. En el ámbito energético se han adoptado medidas para garantizar que continúen los flujos entre las dos Partes y se han introducido previsiones para fomentar las renovables y luchar contra el cambio climático.

**124.** También se ha llegado a un pacto sobre pesca: la participación de la flota europea en aguas británicas irá disminuyendo gradualmente durante los cinco primeros años<sup>191</sup> y después se negociará anualmente<sup>192</sup>. Podría parecer un triunfo para el Reino Unido; no obstante, algunos analistas lo matizan<sup>193</sup>. Sin Acuerdo, la Unión Europea no tendría acceso a las aguas británicas. Segundo, la Albión obtiene más recursos de los que consume, por lo que debe exportarlos. Sin el Acuerdo, la Unión podría (debería) aplicar los aranceles de la OMC. Tercero, el Reino Unido no tiene flota suficiente para extraer todos los recursos de sus aguas. Por último, si pasados cinco años restringe mucho el acceso a sus aguas, la Unión Europea puede contraatacar aumentando las tarifas a la importación<sup>194</sup>. Además, conviene no olvidar que la pesca también tiene una dimensión industrial cuya importancia para el tráfico entre las dos Partes no es despreciable<sup>195</sup>.

**125.** El Reino Unido podrá continuar participando en algunos programas de la Unión Europea a fin de promover la investigación y el desarrollo (Parte Quinta). Pero, por ejemplo, el programa Erasmus ha quedado fuera del Acuerdo. Asimismo, existen normas sobre Seguridad Social para proteger a los trabajadores europeos en el Reino Unido y a los británicos que presten sus servicios en alguno de los veintisiete Estados miembros<sup>196</sup>.

**126.** La tercera parte tiene por objeto la seguridad de los ciudadanos, que constituye una de las principales preocupaciones de la Unión y del Reino Unido. De ahí que existan medidas para luchar

<sup>188</sup> Sección 5 del Capítulo 5 del Título II del Epígrafe Primero de la Parte Segunda. Pero téngase en cuenta que el Capítulo Segundo del Título II busca liberalizar las inversiones. Véase los arts. Servin.2.2, que regula el acceso a los mercados de las Partes del Acuerdo, Servin.2.3, que impone el principio de trato nacional, y Servin.2.4 el de nación más favorecida, así como el Capítulo 3 sobre servicios transfronterizos. Asimismo, el Título IV disciplina la circulación de capitales y pagos.

<sup>189</sup> M. LYNN, “Cómo debe negociar la ‘City’ con Bruselas”, *El Economista*, 6.1.2021 (<https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/10976605/01/21/Como-debe-negociar-la-City-con-Bruselas.html>).

<sup>190</sup> FEAS explica que el Reino Unido no participa en el cabotaje comunitario, con excepción del transporte por carretera y el aéreo de mercancías. Véase su entrada “Un triste acuerdo para el Brexit económico”, *Blog New Deal*, 1.1.2021 (<http://blog-newdeal.com/enrique-feas/un-triste-acuerdo-para-el-brexiteconomico/>).

<sup>191</sup> A raíz de un 4,5% anual, según Eva M. MILLÁN, “Las luces y sombras del Acuerdo de Nochebuena para el Brexit”, *El Economista*, 29.12.2020. Véase el Anexo Fish-4.

<sup>192</sup> Véase el Epígrafe Quinto de la Parte Segunda.

<sup>193</sup> Paul MORAN SHEEHAN, “Dolorosa elección para el Reino Unido”, *El Economista*, 28.12.2020.

<sup>194</sup> Así, “Brexit trade deal explained: the key parts of the landmark agreement”, *cit.*

<sup>195</sup> FEAS, “Diez malentendidos sobre el Acuerdo de Brexit”, *cit.*

<sup>196</sup> Véase el Epígrafe Cuarto de la Parte Segunda.

contra el crimen organizado y el terrorismo transfronterizos; en particular, para conseguir la cooperación policial y judicial en materia penal, el intercambio de datos<sup>197</sup>, así como la colaboración del Reino Unido con Europol y Eurojust. Eso sí, se desea garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales y se restringe al acceso de la Albión a las bases de datos de la Unión.

**127.** Como no podía ser de otro modo, sobre todo después de la desconfianza generada por la *UK Internal Market Bill*, el Acuerdo contiene normas sobre su interpretación y aplicación (*Gobernanza*), respecto de los que tiene un papel trascendental el *Consejo de Asociación*<sup>198</sup>. La Comisión destaca que estas normas son únicas para todo el pacto, tal como había exigido durante el proceso de negociación. Y es cierto que la Sexta Parte se dedica a la solución de diferencias, existiendo tres mecanismos: la consulta, el arbitraje y los mecanismos de salvaguarda y ejecución. El artículo Inst.11 establece la exclusividad de estas medidas, en el sentido que las Partes se comprometen a no recurrir a otros remedios. Ahora bien, interesa destacar, de un lado, que hay elementos o títulos del Acuerdo que cuentan con mecanismos propios para resolver los desencuentros que puedan surgir. Y de otro, que el Tribunal de Justicia no desarrolla papel alguno.

## V. Conclusiones

**128.** La retirada de un Estado miembro de la Unión Europea está regulada en el artículo 50 TUE. Su aplicación al brexit ha desvelado varias incógnitas exegéticas. Unas han sido resueltas por las partes (la relación entre los acuerdos de retirada y sobre las relaciones futuras), otras por los tribunales (naturaleza unilateral y revocable de la notificación de la intención de abandonar la Unión) y otras han quedado sin respuesta (¿debe existir un plazo para que el Estado que desea abandonar la Unión informe al Consejo Europeo?). Vistas las cuestiones y dudas que se han suscitado, creemos que la Unión Europea debería plantearse la posibilidad de estudiar con rigor y detenimiento el precepto en cuestión y valorar si es conveniente su modificación para incrementar la seguridad jurídica. Ahora bien, hay que tener muy en cuenta el tipo de organización que desean los Estados miembros y qué incentivos deben existir para formar parte de la misma y para abandonarla. La salida de un Estado miembro pone en jaque a la Unión, y puede suponer la apertura de la caja de Pandora<sup>199</sup>.

**129.** El Acuerdo de Retirada intenta resolver las situaciones pendientes en el momento en que el Reino Unido deja de ser Estado miembro. La solución ha sido extender la aplicación del ordenamiento comunitario al y en el Reino Unido hasta el 31 de diciembre de 2020. En casos excepcionales se ha ampliado ese límite a cuatro (apertura de expedientes por la Comisión contra el Reino Unido por ayudas públicas), cinco (aplicación de la normativa comunitaria sobre el IVA a los bienes comercializados antes del final del periodo transitorio) o incluso ocho años más (posibilidad de que los tribunales británicos formulen cuestiones prejudiciales sobre la Parte Segunda).

<sup>197</sup> El artículo Digit.6 dispone que las partes se comprometen a facilitar la circulación transfronteriza de datos; pero el Digit.7 permite que cada una establezca las normas que considere pertinentes respecto de la protección de las personales. Ahora bien, existen preceptos del Acuerdo que regulan aspectos específicos de la circulación; por ejemplo, respecto de la cooperación policial. Véase los Títulos II y III de la Parte Tercera.

<sup>198</sup> Art. Inst.1. En cuanto a su funcionamiento véase el anexo Inst-1. Además se crean diversos comités (art. Inst.2), grupos de trabajo (art. Inst.3) y otros entes para fomentar la participación de la ciudadanía.

<sup>199</sup> H. Vollaard ofrece tres razones por las que va a ser difícil que otros Estados miembros imiten al Reino Unido. La primera es la dificultad de abandonar la Unión: la experiencia británica ha evidenciado graves tensiones políticas y una alta incertidumbre económica que puede traer consecuencias perjudiciales. Segundo, las dificultades se incrementan para los países que son miembros de Schengen y del euro, pues deberán reforzar o crear nuevas infraestructuras fronterizas y optar por una nueva divisa. Y tercero, la falta de una alternativa razonable a la Unión Europea que pueda proporcionar los mismos niveles de paz y prosperidad. Véase H. Vollaard, "One down, many to go? European disintegration after Brexit", en el blog de la *London School of Economics and Political Science*, 23.3.2020 (<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2020/03/23/one-down-many-to-go-european-disintegration-after-brexit/>).

**130.** El motivo de esta decisión ha sido la seguridad jurídica. A pesar del deseo de los británicos de escapar al dictado de la normativa y jurisprudencia comunitarias, han aceptado quedar sometidos a ellas en aras de la seguridad jurídica. Así las cosas, la Unión Europea debería plantearse la posibilidad de incorporar esta solución a su Derecho primario, de modo que se aplicara a todos los Estados que decidieran abandonar la organización. Se ahorrarían costes, esfuerzos y tiempo, aunque quizás no sea la respuesta más idónea si se quiere desincentivar futuras retiradas.

**131.** La salida del Reino Unido de la Unión Europea va a ser perjudicial para ambos. La inmensa mayoría de expertos e informes existentes aconsejaban consensuar un acuerdo sobre las relaciones futuras para paliar los efectos negativos. Pero las dificultades eran enormes: la envergadura de la empresa, la brevedad del tiempo disponible, la aparición de imprevistos extraordinarios y, a buen seguro, los orgullos políticos determinaron que se superaran todos los límites temporales razonables y que sea necesario un gran esfuerzo de ingeniería procedimental que perjudicará la credibilidad y la seguridad jurídica del Derecho comunitario. Los principales obstáculos han sido: la lealtad competitiva, la pesca y la gobernanza. La Unión Europea haría bien en analizar las razones, plazos y finalidades de los procedimientos existentes.

**132.** Podría pensarse que el Acuerdo de Comercio y Cooperación deja a las dos Partes contentas. El Reino Unido ha logrado su ansiada soberanía y que la Unión Europea le trate de igual a igual. La Unión ha conseguido que el proceso de salida sea muy ordenado, que su contraparte esté en peor situación que cuando era un Estado miembro y generar la apariencia de que la retirada de la Unión puede ser un infierno. Sin embargo, el Reino Unido queda legalmente fragmentado, pues Irlanda del Norte tiene un régimen particular, lo que a buen seguro puede incentivar los anhelos independentistas escoceses. La Unión Europea ha perdido un miembro muy poderoso que puede convertirse en un competidor feroz. Y el Acuerdo alcanzado no es ni completo ni definitivo. Han quedado fuera de él aspectos que se hallaban presentes en la Declaración política. Lo más probable es que continúen las negociaciones en búsqueda de pactos complementarios, que el propio Acuerdo bendice. Esperemos que el sentido común sustituya los egos, la demagogia y la ignorancia en estos procesos, por el bien de las dos Partes.

TRIBUNALES ESPAÑOLES Y DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO: EL ASUNTO CENTRAL SANTA LUCÍA CONTRA  
MELIÁ HOTELES. HISTORIA DE UN DESENCUENTRO  
PALMARIO...(CONTINUARÁ)

SPANISH COURTS AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW:  
CENTRAL SANTA LUCÍA V. MELIÁ HOTELES CASE. HISTORY  
OF AN OBVIOUS DISAGREEMENT... (TO BE CONTINUED)

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 15.12.2020 / Aceptado: 14.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5962>

**Resumen:** En abril de 2019, la Administración Trump activó el Título III de la Ley Helms-Bruton, provocando con ello un gran revuelo en la comunidad internacional. Para defenderse de los efectos extraterritoriales de una medida de tal envergadura, los Estados que mantienen relaciones comerciales con Cuba han elaborado “normas antidoto”, cuyo principal objetivo es neutralizar los perjuicios económicos que pudieran derivarse de las potenciales demandas presentadas ante los Tribunales estadounidenses por parte de ciudadanos de aquel país en reclamación de una compensación por el acto de nacionalización llevado a cabo por el Estado de Cuba en el año 1959. En este contexto de litigación internacional instaurado por normas unilaterales de diferentes Estados, Central Santa Lucía, una empresa estadounidense, interpone ante los Tribunales españoles una acción por enriquecimiento injustificado contra Meliá Hoteles, empresa con domicilio en España, iniciándose con ello un verdadero “*viacrucis* judicial” en torno a cuestiones esenciales de Derecho internacional privado.

**Palabras clave:** Ley Helms-Burton, Estatuto de Bloqueo UE, Nacionalizaciones, Enriquecimiento injustificado, Jurisdicción, Competencia judicial internacional, Conexidad, Litisconsorcio Pasivo Necesario, Derecho aplicable, Eficacia extraterritorial, Actos de Estado.

**Abstract:** In April 2019, the Trump Administration activated Title III of the Helms-Bruton Act, causing a stir in the International Community. To defend themselves against the extraterritorial effects of a measure of such magnitude, the States that maintain commercial relations with Cuba have developed “antidote norms”, the main objective of which is to neutralize the economic damages that could derive from the potential lawsuits presented before the United States Courts by citizens of that country in claim of compensation for the act of nationalization carried out by the State of Cuba in 1959. In this context of international litigation established by unilateral norms of different States, Central Santa Lucía, a United States company, files an action for unjustified enrichment before the Spanish Courts against Meliá Hoteles, a company domiciled in Spain, thus initiating a true “*judicial viacrucis*” regarding essential questions of Private International Law.

**Keywords:** Helms-Burton Act, EU Blocking Statute, Nationalizations, Unjust Enrichment, Jurisdiction, Multiple defendants, Act of State, Applicable Law, Extraterritorial effectiveness.

**Sumario:** I. Introducción. II. Título III de la Ley Helms-Burton. III. Efectos colaterales de la Ley Helms-Burton en España. 1. Asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles: Hechos y cuestiones jurídicas planteadas. 2. Auto JPI de Palma de Mallorca, de 2 de octubre de 2019 y Auto AP de Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2020. 3. Auto JPI de Palma de Mallorca, de 6 de julio de 2020 y Auto JPI de Palma de Mallorca, de 30 de noviembre de 2020. *The NeverEnding Story...* IV. Algunas consideraciones en torno al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. 1. Inmunidad de jurisdicción versus eficacia internacional de las nacionalizaciones. 2. Competencia judicial internacional. A) Enriquecimiento injustificado. B) Litisconsorcio pasivo necesario. 3. Cuestiones de Derecho aplicable. V. Eficacia internacional de las nacionalizaciones. 1. Consideraciones previas. 2. Perspectiva de Derecho Internacional Privado. A) Competencia internacional del Estado que ordena el acto de nacionalización. B) Conformidad con el orden público internacional. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El Derecho Internacional Privado es una rama del ordenamiento jurídico que, en algunas ocasiones, demasiadas tal vez, recibe un tratamiento inapropiado por parte de los Tribunales españoles. Resulta cuando menos curioso y en cierta medida contradictorio, si se tiene en cuenta el importante papel que la jurisprudencia está llamada a desempeñar en el desarrollo de esta disciplina<sup>1</sup>.

2. La complejidad de las situaciones privadas internacionales y de las normas que la regulan no debiera servir de excusa a una incorrecta aplicación de las mismas. Ciertamente es que a veces, la realidad global en la que vivimos supera a cualquier tipo de ficción jurídica, haciendo surgir litigios que ponen a prueba la pericia de todo operador jurídico. El asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles es, sin lugar a dudas, un claro ejemplo de ello<sup>2</sup>.

3. Para poder afrontar en sus debidos términos jurídicos el mencionado asunto, así como las diversas resoluciones que está generando el mismo ante los Tribunales españoles, resulta más que necesario comenzar contextualizando el escenario internacional del cual deriva: el Título III de la Ley Helms-Burton, para posteriormente pasar a analizar lo que podríamos calificar ya, como un verdadero “*viacrucis* judicial” de Derecho internacional privado.

## II. El Título III de la Ley Helms-Burton

4. En abril de 2019 la Administración de Donald Trump decidió activar el Título III de la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* de 1996<sup>3</sup>, más conocida como Ley Helms-Burton<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Vid. A. -L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 92 y 93.

<sup>2</sup> El presente trabajo es una versión ampliada de la comunicación presentada bajo el título “Efectos colaterales de la Ley Helms-Burton en España. Reflexiones en torno al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles” en el V Seminario AEPDI-RI sobre Temas de actualidad de Derecho Internacional Privado, “Nuevos Escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación”, celebrado en la Universidad de Oviedo, el 24 de septiembre de 2020.

<sup>3</sup> Texto de la ley disponible en: <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/927>. Puede consultarse una versión en castellano: <https://web.archive.org/web/20061019012534/http://www.icap.cu/pdf/ley%20helms%20burton.pdf>.

<sup>4</sup> Sobre la Ley Helms-Burton, vid.: F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas”, *Derecho de los Negocios*, 1996, núm. 72, pp. 13-27; J. L. IRIARTE ÁNGEL, “La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, núm. 63, pp. 81-112; C. LÓPEZ JURADO, “La controversia entre la Unión europea y Estados Unidos relativa a la Ley Helms-Burton”, *RDCE*, 1997, núm. 2, pp. 581-595; A. F. LOWENFELD, “The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act: Congress and Cuba. The Helms Burton-Act”, *AJIL*, 1996, pp. 419-434; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “La Ley de Libertad y Solidaridad Democrática con Cuba (Libertad Act) en el marco de la regulación del comercio internacional”, *REDI*, 1997, núm. 1, pp. 372-377; J. ROY, “La Ley Helms-Burton: Desarrollo y consecuencias”, *RDCE*, 1997, núm. 2, pp. 487-510; CH. R. SEPPALA, “La pratique américaine récente: les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy”, en AAVV, *Sanctions unilaterales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, París, Montchrestein, 1998, pp. 83-97

provocando con ello un gran revuelo en la comunidad internacional<sup>5</sup>. El Título III de la mencionada ley, que entró en vigor el 2 de mayo de 2019, reconoce un derecho subjetivo a los ciudadanos estadounidenses frente a todas aquellas empresas nacionales o extranjeras que “trafiquen” con propiedades o bienes nacionalizados desde el 1 de enero de 1959 por el Estado cubano sin haber mediado compensación<sup>6</sup>.

5. La Ley Helms-Burton crea, en definitiva, una tasa a las inversiones extranjeras en Cuba y con ello un obstáculo impuesto unilateralmente al libre comercio mundial<sup>7</sup>. Para neutralizar los efectos perversos que una medida de tal envergadura pudiera acarrear en el tráfico comercial internacional, algunos países han recurrido a “normas de bloqueo” o “normas antídoto”<sup>8</sup>. Este tipo de normas, cuyo principal objetivo es protegerse frente a la extraterritorialidad de la Ley Helms-Burton contemplan entre otras la adopción

<sup>5</sup> La *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* de 1996, más conocida como Ley Helms-Burton, apellidos de sus patrocinadores republicanos, fue promulgada el 12 de marzo de 1996. Dicha ley viene a completar el embargo decretado por EEUU a Cuba a través de la *Cuban Democracy Act* de 1992 o “Ley Torricelli”, mediante los siguientes mecanismos: a) Prohibición de préstamos, créditos o financiación por parte de ciudadanos o residentes de los EEUU en transacciones de propiedades confiscadas (Sección 103); b) Obligación del Gobierno de EEUU de votar contra la admisión de Cuba en ciertas instituciones internacionales como el FMI o el BM, hasta que no resurja la democracia en Cuba (sección 104); c) Reconocimiento de un derecho a los ciudadanos de EEUU a demandar ante los tribunales federales a compañías extranjeras que “trafiquen” con propiedades confiscadas por Cuba y extiende ese derecho a las personas que no eran ciudadanos estadounidenses en el momento de dicha confiscación, en su mayoría cubanos (Título III), d) Denegación del visado de entrada a los EEUU de extranjeros, -directivos de empresas y sus familiares-, que hayan traficado con bienes confiscados (Título IV). Los aspectos más polémicos aparecen regulados en sus títulos III y IV. Concretamente, el título III ofrece a los ciudadanos estadounidenses que sufrieron la expropiación de sus propiedades en Cuba, sin mediar compensación económica alguna, un mecanismo efectivo para resarcirse por tales hechos acaecidos tras la revolución de 1959. No obstante, el principal objetivo del título III de la Ley Helms-Burton es más bien disuadir la inversión extranjera en Cuba dinamitando con ello las medidas de liberalización económica, adoptadas por el Gobierno cubano tras el colapso de sus relaciones económicas con la extinta Unión Soviética. De tal manera, los EEUU pretenden imponer a terceros países su embargo sobre Cuba, forzando con ello su política exterior. De ahí que, desde el momento de su promulgación, la Ley Helms-Burton creara serios enfrentamientos entre los EEUU y sus aliados políticos y comerciales, entre ellos sus socios en el Tratado de Libre Comercio y la Unión Europea (por aquel entonces, Comunidad Europea). Concretamente, la UE solicitó, el 15 de julio de 1996, al Presidente Clinton que renunciase a la aplicación del Título III de la Ley, quien procedió el 17 de julio de 1996 a la suspensión del mencionado Título por un periodo de seis meses. La propia Ley Helms-Burton contempla la posibilidad de prórroga. Aun así, dicha medida fue considerada insuficiente por la UE, dando lugar, por un lado, a la presentación de una demanda ante la OMC, y por otro lado, a la elaboración de un arsenal de medidas tendentes a neutralizar los efectos extraterritoriales de la Ley Helms-Burton. Meses más tarde, el 11 de abril de 1997, la Comisión Europea y los EEUU llegan a un principio de acuerdo en cuya virtud, la UE se compromete a retirar la demanda ante la OMC, y los EEUU por su parte, a suspender indefinidamente el Título III, así como “dulcificar” la aplicación del Título IV.

<sup>6</sup> Para una mayor precisión del supuesto normativo contemplado en el Título III de la Ley Helms-Burton (Secciones 301-306) resulta necesario destacar los siguientes aspectos: a) la norma afecta a cualquier persona, natural o jurídica (Secc. 4 apartado 11). Para determinar la nacionalidad de una persona jurídica la Ley Helms-Burton sigue la tesis de la constitución (Secc. 4 apartado 8, B); b) El término “traficar”, abarca cualquier actividad comercial que utilice o se beneficie de propiedades confiscadas, así como que provoque, participe o se beneficie del tráfico que realicen otras personas o realizarlo a través de otros (Sección 4 apartado 13). Quien trafica ha de ser consciente de que trafica con propiedades confiscadas (Sección 4, apartado 9). Si se dispone de autorización del titular estadounidense, el tráfico se considera lícito (Sección 13 apartado A); c) Por “propiedades confiscadas” se entienden aquellas que hayan sido confiscadas por el Estado cubano desde el 1 de enero de 1959 sin satisfacer una adecuada indemnización o sin que le perjudicado hubiese llegado a un acuerdo al respecto (Sección 4, apartado 4); d) Para probar que se tiene derecho sobre una propiedad confiscada, esta ha de tener un valor superior a 50.000 \$, y ha de aportarse un certificado emitido por la *Foreign Claims Settlement Commission*, y si no lo hubiere, cabe solicitar un dictamen pericial a tal efecto al citado organismo (Sección 302 y 303); e) el derecho a reclamar ante tribunales federales solo se atribuye a nacionales estadounidenses, no siendo necesario que tuviesen dicha nacionalidad en el momento de la confiscación (Sección 303, apartado b). Este derecho que reconoce la Ley Helms-Burton puede suspenderse (Sección 204, apartado a y Sección 306) o extinguirse una vez se implante un régimen democrático en Cuba (Secciones 201-2016 y sección 302, apartado h), y está sujeto a un plazo de prescripción de dos años desde que se realizó el tráfico (Sección 305); i) Dicho plazo comenzará a contar desde la entrada en vigor del Título III de la Ley Helms-Burton, esto es, desde el 2 de mayo de 2019 (Sección 301, apartado a y Sección 305, apartado a); j) Si se dan todas las condiciones descritas, se podrá reclamar el pago de una determinada cantidad. La cuantía de la sanción económica no tiene carácter compensatorio, sino punitivo. Esta es independiente de los beneficios que esté obteniendo la empresa que “trafica” con la propiedad confiscada. Y finalmente, el recurso a esta reclamación excluye cualquier otro remedio que traiga la misma causa (Sección 302). *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, nota 1, pp. 14-18; J. L. IRIARTE ÁNGEL, *loc. cit.*, nota 1, p. 84-89.

<sup>7</sup> *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, nota 1, p. 13.

<sup>8</sup> *Vid.* H. ALTOZANO GARCÍA-FIGUERAS, *La protección de las inversiones españolas en el exterior*, Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior, 2001, pp. 114-118.

de las siguientes medidas: a) exclusión de la cooperación judicial con los tribunales norteamericanos en los asuntos derivados de la Ley Helms-Burton; b) imposición de sanciones a las empresas nacionales que acaten la mencionada ley; c) reconocimiento a las empresas nacionales afectadas por la Ley Helms-Burton del derecho a recuperar en su país los importes pagados al que fuera demandante en EE.UU.<sup>9</sup>

6. La UE dispone de su propio estatuto de bloqueo o “*blocking statute*”, recogido esencialmente en el Reglamento (CE) núm. 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (en adelante, estatuto de bloqueo UE)<sup>10</sup>. Dicho Reglamento ha sido actualizado y desarrollado a través de dos instrumentos<sup>11</sup>: el Reglamento Delegado (UE) 2018/1100 de la Comisión, de 6 de junio de 2018<sup>12</sup> y el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 de la Comisión, de 3 de agosto de 2018<sup>13</sup>. Este último Reglamento se complementa con las disposiciones adoptadas a tal efecto por los Estados miembros<sup>14</sup>.

7. Desde un punto de vista jurídico-privado, el estatuto de bloqueo UE prevé las siguientes medidas en caso de reclamaciones o inicio de acciones en EE.UU en aplicación de la Ley Helms-Burton: a) Denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o administrativas extranjeras que hagan efectiva la Ley Helms-Burton (art. 4); b) Prohibición de atender requerimientos de juzgados extranjeros que se encuentren tramitando acciones basadas o derivadas de la mencionada ley (art. 5); y c) Derecho a obtener una compensación por cualquier daño, incluidas las costas procesales, causado por la aplicación de la Ley Helms-Burton. En este último caso, los afectados podrán interponer demanda ante los tribunales de cualquier Estado miembro en el que la persona física o jurídica, o cualquier otra entidad, que haya causado el daño, o cualquier persona que actúe en su nombre o como intermediario, posea activos. Se amplían así, los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2012, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 6)<sup>15</sup>.

8. En este escenario, construido sobre la base de normas unilaterales (Ley Helms-Burton *versus* Estatuto de bloqueo UE), se crea la atmósfera perfecta para el surgimiento de una auténtica “guerra transoceánica de Derecho Internacional Privado”<sup>16</sup>. Desde el punto de vista de la litigación internacional, los nacionales estadounidenses beneficiados por el Título III de la Ley Helms-Burton tendrían las siguientes posibilidades: a) demandar ante los tribunales estadounidenses, teniendo en cuenta que el éxito de su reclamación se verá determinado por los activos que posea en aquel Estado el demandado extranjero (téngase en cuenta la imposibilidad de ejecutar la sentencia en territorio UE: estatuto de bloqueo); b) demandar ante los tribunales del país donde tenga su domicilio/activos la empresa extranjera que “trafica” con bienes “confiscados”. Si bien, las posibilidades de éxito de esta última opción serían más bien escasas, teniendo en

<sup>9</sup> *Vid. ad ex.* en Canadá, la *Foreign Extraterritorial Measures Act* 1984, en vigor desde el 14 de febrero de 1985, (texto disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/f-29/page-1.html>) o en México, la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que contravengan el Derecho Internacional*, publicada en el Diario oficial mexicano, el 23 de octubre de 1996 (texto disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf>).

<sup>10</sup> DO L núm. 309, de 29 de noviembre de 1996.

<sup>11</sup> *Vid.* Comisión Europea, *Nota de orientación. Preguntas y respuestas: adopción de la actualización del estatuto de bloqueo*, DO C núm. 277, de 7 de agosto de 2018.

<sup>12</sup> DO L núm. 199, de 7 de agosto de 2018.

<sup>13</sup> DO L núm. 199, de 7 de agosto de 2018.

<sup>14</sup> En el caso de España: Ley 27/1998, de 13 de julio, sobre sanciones aplicables a las infracciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la protección frente a la aplicación extraterritorial de la legislación de un país tercero, *BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1998.

<sup>15</sup> *Vid.* D. VICH/I. HEREDIA, “Ley Helms-Burton: ¿qué implica y de qué mecanismos de defensa disponen los particulares y empresas de la UE?”, [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/ley-helms-burton-que-implica-y-de-que-mecanismos-de-defensa-disponen-los-particulares-y](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/ley-helms-burton-que-implica-y-de-que-mecanismos-de-defensa-disponen-los-particulares-y).

<sup>16</sup> *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La guerra transoceánica de Derecho internacional privado. Helms-Burton ataca de nuevo: una obra en siete actos”, <http://accursio.com/blog/?p=883>; ID., “¡Exprópiése! España, Cuba y playa esmeralda”, <http://accursio.com/blog/?p=1112>.

cuenta el estatuto de bloqueo UE y la imposibilidad técnico-jurídica de que los tribunales, en este caso de la UE, apliquen una norma extraterritorial del calado de la Ley Helms-Burton. Por su parte, los afectados por la Ley Helms-Burton (demandados en EEUU) podrían, a su vez, reclamar una compensación mediante un procedimiento judicial entablado ante los tribunales de cualquier Estado miembro contra cualquier persona física o jurídica, o cualquier otra entidad, que haya causado los daños, o cualquier persona que actúe en su nombre o como intermediario, siempre y cuando posean activos o bienes en territorio UE<sup>17</sup>.

### III. Efectos colaterales de la Ley Helms-Burton en España

9. En este cruce de demandas transoceánicas “sin cuartel”, al que podrían arribar tanto el Título III de la Ley Helms-Burton como el estatuto de bloqueo UE, los términos de la litigación internacional quedan bien definidos. De tal forma que, antes de interponer una demanda ante tribunales de EEUU, los beneficiarios de la Ley Helms-Burton han de sopesar las posibilidades reales de éxito, teniendo en cuenta la futura ejecución de la sentencia, en EEUU o en el extranjero, así como el riesgo de afrontar una demanda ante tribunales de cualquier Estado miembro UE.

10. Pero, cuando parecía que todas las vías de litigación internacional estaban bien definidas en términos de eficiencia jurídica (costes/beneficios)<sup>18</sup>, se plantea ante los Tribunales españoles una demanda que hace tambalear la ecuación anteriormente planteada.

#### 1. Asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles: Hechos y cuestiones jurídicas planteadas

11. Central Santa Lucía L. C. es una sociedad estadounidense, sucesora de la entidad Santa Lucía Company S.A. y de la sociedad civil Sánchez Hermanos. Estas dos empresas cubanas eran propietarias y explotadoras, en su día, de unos terrenos situados al norte de la isla de Cuba, en una zona conocida como “Ingenio Santa Lucía”. Ambas sociedades se dedicaban a la explotación de la caña de azúcar. Tras la revolución castrista de 1 de enero de 1959, el nuevo régimen cubano decidió nacionalizar todos los bienes y empresas de personas naturales o jurídicas de nacionalidad cubana o constituidas conforme a la ley cubana, mediante la aprobación de la ley 890, publicada el día 15 de octubre de 1960. Dicha ley se aprobó en el marco de una política estatal de abolición total de la propiedad privada.

12. La aplicación de dicha ley provocó que el Estado de Cuba nacionalizase, entre otros muchos bienes, los terrenos de Santa Lucía Company SA y Sánchez Hermanos, que a partir de ese momento pasaron a ser propiedad de Cuba. Todo ello sin mediar compensación económica alguna.

13. Estos terrenos actualmente son propiedad de Gaviota S.A., una empresa pública cubana que, en su día, otorgó a Meliá Hoteles una autorización para gestionar y explotar los terrenos situados en Playa Esmeralda (integrados en la zona “Ingenio Santa Lucía”). En el marco de esta explotación se han construido en Playa Esmeralda los hoteles: Sol Río y Luna Mares y *Paradisus* Río de Oro. Meliá Hoteles ha estado obteniendo beneficios económicos por esta explotación “ilegítima” durante los últimos 20 años.

14. De ahí que, el 3 de junio de 2019, Central Santa Lucía decidiera interponer demanda ante los tribunales españoles contra dicha empresa española por considerar que ésta había obtenido un enriquecimiento ilícito durante todo este tiempo que ha durado su actividad hotelera en Playa Esmeralda.

<sup>17</sup> Sobre este derecho de compensación, conocido en el derecho anglosajón como cláusula *claw-back*, vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La reacción europea a las sanciones norteamericanas contra Cuba, Irán y Libia. El Reglamento n° 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996”, *Gazeta Jurídica de la CE*, 1997 B-120, pp. 19-23, en esp. pp. 21-22.

<sup>18</sup> Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr”, *Cursos de Derecho Internacional Privado Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 88-154.

15. Admitida a trámite la demanda, Meliá Hoteles interpone declinatoria de jurisdicción y de competencia judicial internacional por entender que los tribunales españoles no pueden entrar a conocer de dicho asunto.

## 2. Auto JPI de Palma de Mallorca, de 2 de octubre de 2019 y Auto AP de Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2020

16. Por Auto de 2 de octubre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca<sup>19</sup> estima la declinatoria de jurisdicción y de competencia judicial internacional, y lo hace sobre la base de los siguientes argumentos.

17. Para resolver la controversia resulta necesario determinar cuáles son las concretas pretensiones de la parte actora y los fundamentos en los que se basa. Tal y como se ha expuesto con anterioridad, la demanda trae causa de la “confiscación” por parte del Estado cubano de unos terrenos, en los que posteriormente se autorizó la explotación hotelera a Meliá Hoteles. Esto ha provocado que la mencionada empresa española haya obtenido un enriquecimiento con causa ilícita, en tanto que ha estado obteniendo beneficios económicos de una explotación ilegítima. De ahí que, según la demandante, los beneficios obtenidos por la demandada deban ser considerados como frutos derivados de una posesión ejercitada de mala fe, según el art. 455 Cc español.

18. Para resolver las pretensiones de la demandante resulta necesario, por tanto, pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del acto de nacionalización y sobre el derecho de propiedad o derecho de posesión de unos bienes de un Estado, algo que no es posible, según el JPI, por impedirlo la inmunidad de jurisdicción (art. 21.2 LOPJ, art. 36 LEC, arts. 2, 4 y 9-16 LO 16/2015<sup>20</sup>).

19. Por otro lado, considera el JPI que los tribunales españoles tampoco tienen competencia judicial internacional para entrar a conocer de las pretensiones de Central Santa Lucía. Según el JPI, las pretensiones de la demandante se fundamentan en una acción real referida a un bien inmueble situado en Cuba, concretamente, en una acción reivindicatoria del derecho de propiedad o de posesión. Por tanto, en virtud del art. 24 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento Bruselas I-bis)<sup>21</sup> y del art. 22 LOPJ, los Tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional por corresponder el conocimiento del asunto con carácter exclusivo a los tribunales del lugar donde está situado el bien inmueble.

20. Contra dicha resolución se interpone recurso de apelación por parte de Central Santa Lucía. Por Auto de 10 de marzo de 2010, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca<sup>22</sup> revoca la resolución de instancia declarando la jurisdicción y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, y lo hace sobre la base de los siguientes argumentos:

21. En primer lugar, la Audiencia Provincial afirma la jurisdicción de los tribunales españoles por estimar que la demanda no se dirige contra el Estado cubano ni contra sus bienes. Esto es, para poder apreciar la “inmunidad de jurisdicción” resulta necesario que el en proceso intervenga como parte demandada un Estado (art. 49 y art. 51 LO 16/2015), y no es el caso.

<sup>19</sup> ECLI: ES: JPI: 2019:6A

<sup>20</sup> Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficinas en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, *BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

<sup>21</sup> *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

<sup>22</sup> ECLI: ES: APiB: 2020:37A

22. En segundo lugar, y por lo que respecta a la competencia judicial internacional, la Audiencia Provincial rechaza la calificación real de la pretensión ejercitada al no poder subsumirse en las acciones relativas a derechos reales inmobiliarios del art. 24.1 Reglamento Bruselas I-bis. Para ello, la acción debería tener por objeto determinar el alcance, la consistencia, la propiedad, la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre esos bienes, y por otro, garantizar a los titulares de tales derechos la protección de las prerrogativas que les atribuye su título. En este caso concreto, la pretensión de la demandante se sustenta en un eventual enriquecimiento ilícito que se imputa a la parte demandada por la explotación de determinados establecimientos situados en los terrenos que se “confiscaron”. Por tanto, no puede atribuirse carácter real a la pretensión ejercitada.

23. Para declarar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en este caso de enriquecimiento injustificado, resulta de aplicación el foro general del domicilio del demandado (art. 4 Reglamento Bruselas I-bis) y según la Audiencia Provincial, también el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales (art. 7.2 Reglamento Bruselas I-bis). A igual conclusión llega el mencionado tribunal mediante la aplicación concurrente de los arts. 22. 3 y art. 22 *quinquies* de la LOPJ.

### 3. Auto JPI de Palma de Mallorca, de 6 de julio de 2020 y Auto JPI de Palma de Mallorca, de 30 de noviembre de 2020. *The NeverEnding Story...*

24. Una vez determinada la jurisdicción y la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, se plantea por parte de Meliá Hoteles ante el JPI una cuestión incidental de previo pronunciamiento al considerar que la demanda presentada por Central Santa Lucía es un intento encubierto de esquivar los efectos del Estatuto de Bloqueo UE. También solicita sea elevada una cuestión prejudicial ante el TJUE para resolver las dudas de interpretación que pudieran surgir entre la mencionada normativa y la resolución de este caso concreto. Ambas cuestiones son desestimadas<sup>23</sup>.

25. Tras quedar resuelto este incidente, la demandada, Meliá Hoteles, presenta escrito de contestación a la demanda en el que, entre otras cuestiones, plantea una excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario por entender que la acción planteada en la demanda no puede hacerse efectiva sino se ejercita también contra el Estado de Cuba. Dicha excepción es estimada<sup>24</sup>.

26. Según el JPI, resulta incompatible con la figura del litisconsorcio pasivo necesario (art. 12 LEC) celebrar un procedimiento judicial que tiene por objeto analizar la licitud de un acto de adquisición de la propiedad sin llamar a la persona o personas a las que afectará la sentencia que se dicte. De igual modo, y según el mencionado tribunal, resulta imposible reconocer a la demandante (Central Santa Lucía) un derecho real que justifique sus pretensiones y que resulta contradictorio con el derecho de propiedad del Estado cubano sin citar a éste para que puede comparecer en el procedimiento y defenderse. Por este motivo, la tramitación del procedimiento no puede continuar sin que sean citados como partes demandadas Cuba y Gaviota S.A., esta última como actual propietaria de los terrenos.

## IV. Algunas consideraciones en torno al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles

27. Varias son las cuestiones jurídicas suscitadas por el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles que se prestan al debate y análisis jurídico, entre ellas: a) la inmunidad de jurisdicción; b) la

<sup>23</sup> ECLI: ES: JPI:2019: 6ª. Para un comentario a dicha resolución judicial, *vid.*, J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Continúan las decisiones sobre el Asunto Central Santa Lucía L.C contra Meliá Hotels International S.A. Notas al Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de palma de Mallorca de 6 de julio de 2020”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm 12, disponible en: <http://www.millennium-dipr.com/ba-90-continuan-las-decisiones-sobre-el-asunto-central-santa-lucia-lc-contra-melia-hotels-internacional-sa-notas-al-auto-del-juzgado-de-primera-instancia-no-24-de-palma-de-mallorca-de-6-de-julio-de-2020>

<sup>24</sup> Puede consultarse el texto de dicha resolución en el siguiente enlace: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2020/12/Auto-Litisconsorcio.pdf>

competencia judicial internacional de los tribunales españoles para entrar a conocer del asunto: acción de enriquecimiento injustificado y litisconsorcio pasivo necesario; y c) la determinación del Derecho aplicable, si bien es cierto esta última cuestión no llega a plantearse “nunca” y “sorprendentemente” ante los órganos jurisdiccionales españoles<sup>25</sup>.

## 1. Inmunidad de jurisdicción *versus* eficacia internacional de las nacionalizaciones

28. Para poder resolver la pretensión de la parte demandante, que se sustenta en el enriquecimiento “ilícito” o injustificado que se imputa a la demandada por la explotación de determinados establecimientos sitios en los terrenos que, en su día, fueron “confiscados” por el Estado cubano, resulta inexcusable resolver una cuestión previa: la licitud o ilicitud del acto de nacionalización llevado a cabo por Cuba. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de las Islas Baleares coinciden en este punto, si bien es cierto discrepan en cuanto a su resolución.

29. Acierta, por completo, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares al descartar, en este caso concreto, la inmunidad de jurisdicción. Baste recordar que la inmunidad de jurisdicción es un mecanismo que impide a los órganos jurisdiccionales de un Estado entrar a conocer de un litigio en el que sean demandados por un particular, un Estado extranjero o alguno de sus órganos, así como otros entes internacionales que gozan de tal inmunidad<sup>26</sup>.

30. En Derecho español, el art. 21. 2 LOPJ indica que, incluso en los casos en los que los tribunales españoles dispongan de un foro de competencia judicial internacional, “no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con las normas de Derecho Internacional Público”. En este mismo sentido, la LO 16/2015, de 27 de octubre establece como requisito para apreciar de oficio la inmunidad de jurisdicción que se haya formulado demanda e incoado proceso contra alguno de los sujetos beneficiarios de la misma ante los órganos jurisdiccionales españoles (art. 49 y art 51 LO 16/2015).

31. En el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, la pretensión principal no se dirige en ningún caso contra el Estado cubano. Por tanto, la cuestión previa planteada no puede resolverse mediante la doctrina de la inmunidad de jurisdicción. Dicha cuestión debe ser afrontada desde el prisma de la eficacia internacional de los actos de nacionalización, tal y como se verá más adelante<sup>27</sup>.

32. De igual forma, y en coherencia con el planteamiento realizado, el litisconsorcio pasivo necesario, de haberlo, no debiera tener cabida en el ordenamiento jurídico español cuando uno de los demandados fuera un sujeto beneficiario de la inmunidad de jurisdicción. Tampoco cuando una de las pretensiones “ejercitadas” estuviera reservada al conocimiento exclusivo de los tribunales de otro Estado. Menos aún debiera un juez español requerir al demandante para que dirija su demanda contra unos sujetos que gozan de inmunidad de jurisdicción, máxime cuando el mismo tribunal, no otro, declinó su competencia inicialmente por esta misma razón.

<sup>25</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos legales en España de las expropiaciones de bienes inmuebles en Cuba. Un fascinante viaje por la geopolítica y el Derecho internacional privado”, *CDT*, 2020, núm. 2, pp. 254-266; J. L. IRIARTE ÁNGEL, “La Ley Helms-Burton proyecta su sombra sobre la jurisprudencia española y la legislación de la Unión Europea”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 11, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-86-la-ley-helms-burton-proyecta-su-sombra-sobre-la-jurisprudencia-espanola-y-la-legislacion-de-la-union-europea>; ID., “De nuevo sobre el problema de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver litigios derivados de las nacionalizaciones cubanas. Reflexiones sobre el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sec. 3ª) de 18 de marzo de 2020”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 11, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-87-de-nuevo-sobre-el-problema-de-la-competencia-judicial-internacional-de-los-tribunales-espanoles-para-resolver-litigios-derivados-de-las-nacionalizaciones-cubanas>; N. ZAMBRANA-TÉVAR, “The long tentacles of the Helms-Burton Act in Europe”, September 6, 2019, disponible en: <http://conflictoflaws.net/2019/the-long-tentacles-of-the-helms-burton-act-in-europe/>

<sup>26</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 1, pp. 117-118.

<sup>27</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, nota 25, pp. 257-263.

## 2. Competencia judicial internacional

### A) Enriquecimiento injustificado

33. Para determinar si los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para conocer de la pretensión de enriquecimiento injustificado ejercitada por Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, hay que estar a los que disponga el Reglamento Bruselas I-bis.

34. El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca califica erróneamente la pretensión de la parte demandante al considerarla una acción real. Dicha calificación, conduce al mencionado tribunal a la aplicación del art. 24 Reglamento Bruselas bis-I, que en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles atribuye el conocimiento exclusivo a los tribunales del Estado “miembro” donde estén sitios. Argumento que le sirve al mencionado tribunal, siguiendo con ello la tesis minoritaria de la “multilateralización” del art. 24 Reglamento I-bis, para descartar la competencia de los tribunales españoles al estar situado el bien inmueble en Cuba<sup>28</sup>.

35. Calificada correctamente por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares la pretensión de la parte actora como una acción personal, la competencia judicial internacional ha de fundamentarse en el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 Reglamento Bruselas I-bis).

36. Llama la atención que la Audiencia Provincial aplique junto al foro general del domicilio del demandado, el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales (art. 7.2 Reglamento Bruselas I-bis), demostrando con ello un claro desconocimiento del funcionamiento de los foros especiales por razón de la materia, previstos en el Reglamento Bruselas I-bis. Dichos foros tienen por objeto desplazar al demandado con domicilio en un Estado miembro hacia los tribunales de otro Estado miembro. Sorprende, de igual forma, que el tribunal considere España como el “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”<sup>29</sup>.

37. Finalmente, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial incurren en una práctica errónea, pero desgraciadamente muy habitual entre nuestros tribunales: el *totum revolutum*. Según dicha práctica, los tribunales españoles se declaran competentes porque así lo establece tanto un instrumento internacional, como también la LOPJ, o porque así se deduce al mismo tiempo de varios foros recogidos en la LOPJ<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> El Reglamento Bruselas I-bis no ofrece una solución específica sobre la cuestión de saber si son competentes los tribunales de un Estado miembro en relación con los litigios relativos a materias objeto de competencia exclusiva de terceros Estados. Se han formulado varias teorías al respecto. La tesis oficial, sostenida por los Informes oficiales anejos al anterior Convenio de Bruselas y de Lugano, y seguida, aunque de forma indirecta por el TJUE, es la denominada “*teoría anti-denegación de Justicia*”. Según dicha tesis, los tribunales de un Estado miembro deben conocer del asunto sin concurrir cualquier otro foro previsto en el Reglamento Bruselas I-bis que les atribuya competencia judicial internacional. Junto a dicha teoría, se han propuesto otras, tales como: a) *Teoría del efecto reflejo*. Según esta teoría se trata de una cuestión no regulada por el Reglamento Bruselas I-bis, que debe ser resuelta, por tanto, por las normas de producción interna de cada Estado miembro; b) *Teoría de la multilateralización* del art. 24 Reglamento Bruselas I-bis. Por analogía a lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I-bis, los tribunales de un Estado miembro deben declararse incompetentes cuando la materia objeto del litigio estuviera reservada al conocimiento exclusivo de los tribunales de un tercer Estado; c) *Teoría mixta*. Según esta tesis, la solución a este problema dependerá del lugar donde deba hacerse efectiva la futura sentencia que se dicte. Si ésta ha de ejecutarse en el territorio de un Estado miembro, cuyos tribunales poseen un foro previsto en el Reglamento Bruselas I-bis, no ha de procederse a la multilateralización del art. 24 del mencionado Reglamento. Si, por el contrario, la sentencia solo puede ejecutarse en un tercer Estado, los tribunales de un Estado miembro no deben declararse competentes, aunque dispongan de un foro de competencia judicial internacional. Dictar sentencias “inefectivas” supondría una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CR/art. 6 CEDH). *Vid.* A. -L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 748-749.

<sup>29</sup> Sobre el funcionamiento de los foros especiales por razón de la materia en el Reglamento Bruselas I-bis, *vid.*, con carácter general, A. -L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 28, pp. 793-796.

<sup>30</sup> *Vid.* A. -L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 1, pp. 129-130.

## B) Litisconsorcio pasivo necesario

38. Disipada la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de este asunto (acción de enriquecimiento injustificado), la parte demandada, tal y como se ha indicado con anterioridad, presenta en el escrito de contestación a la demanda una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por entender que la acción planteada en la demanda solo puede hacerse efectiva si se ejercita también contra el Estado de Cuba.

39. En primer lugar, llama la atención que el JPI de Palma de Mallorca haya resuelto la *exceptio plurium litisconsortium* planteada por Meliá Hoteles sin haber determinado previamente la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para tramitar dicha excepción. Baste señalar, en este sentido, que el litisconsorcio pasivo necesario se engloba junto a otras figuras procesales en los supuestos tipificados de conexidad internacional<sup>31</sup>.

40. Los foros por conexidad procesal son aquellos que permiten extender la competencia judicial internacional que poseen los tribunales de un Estado para conocer de un determinado litigio a otro asunto u otros asuntos que presentan una especial vinculación con el primero. En estos casos, la atribución de competencia judicial internacional se fundamenta en la existencia de elementos comunes entre dos o más pretensiones (conexión/vinculación procesal). Los foros por conexidad procesal, a diferencia de los demás, no reflejan una vinculación directa e inmediata del litigio con el país cuyos tribunales son competentes, sino que se basan en una *vinculación indirecta y mediata* entre las pretensiones ejercitadas. En este sentido, a este tipo de foros se les denomina también *foros derivados*<sup>32</sup>.

41. Esto explica que los foros por conexidad procesal en cualquiera de sus modalidades, ya sean foros bilaterales por conexidad o foros multisubjetivos por conexidad, hayan suscitado tradicionalmente ciertos recelos por parte de la doctrina. Cierto es que a través de estos foros se consigue un doble objetivo: asegurar una buena administración de Justicia y, ante todo, prevenir el riesgo de decisiones inconciliables. Pero, no lo es menos que una inadecuada regulación de los mismos puede poner en peligro la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica al atribuir competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado difícilmente previsible para una de las partes y carente de una mínima relación con el litigio<sup>33</sup>.

42. El Reglamento Bruselas I-bis tipifica diversos supuestos de conexidad procesal<sup>34</sup>. Concretamente, el art. 8. 1 Reglamento Bruselas I-bis regula el foro de pluralidad de demandados o litisconsorcio pasivo. Dicho foro permite al demandante presentar su demanda contra todos los demandados en un mismo proceso, ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de ellos<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Sobre los foros por conexidad procesal, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La pluralidad de demandados en el Derecho internacional privado”, *Justicia*, 1992, pp. 299-336; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2019, pp. 137-146; I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, Comares, 2002; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, Colex, 1996; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 207-227.

<sup>32</sup> *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, nota 31, p. 137.

<sup>33</sup> *Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, nota 31, pp. 8-9, pp. 299-312

<sup>34</sup> *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 29 pp. 796-801; F. F. GARAU SOBRINO, “Artículo 6”, en A.-L. CALVO CARAVACA (ED.), *Comentario al convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 166-191, esp. 166-175; ID., “Los foros de vinculación procesal del art. 6 del Convenio de Bruselas. Anotaciones tras la firma del Convenio de adhesión de 1996”, en A. BORRÁS (ED.), *La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española, seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp.325-339

<sup>35</sup> El art. 8 Reglamento I-bis recoge diversos foros de competencia judicial internacional que permiten demandar a las personas domiciliadas en un Estado miembro por razón de conexidad. Junto al litisconsorcio pasivo (art. 8. 1), se tipifican también los siguientes supuestos: a) Ejercicio de acciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso (art. 8. 2); b)

43. Para poder aplicar el foro previsto en el art. 8. 1 Reglamento Bruselas I-bis, es preciso que se cumplan diversos requisitos, entre ellos, que todos los demandados estén domiciliados en un Estado miembro. Si uno de los co-demandados no reside en un Estado miembro de la UE, el art. 8. 1 Reglamento Bruselas I-bis no puede utilizarse. La cuestión se regirá, en tal caso, por las normas de producción interna del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto<sup>36</sup>. En el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, no procede por tanto la aplicación del art. 8. 1 Reglamento Bruselas I-bis.

44. En el caso de España, el sistema de competencia judicial internacional establecido en la LOPJ contiene un supuesto de conexidad procesal, concretamente, el foro de pluralidad de demandados. Según el art. 22 *ter*, apartado 3 LOPJ, en tal caso “serán competentes los Tribunales españoles cuando al menos uno de los demandados tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación”<sup>37</sup>.

45. Dejando a un lado la desafortunada traslación que realiza el legislador español del art. 72 LEC (norma de competencia territorial) al art. 22 *ter*, apartado 3 LOPJ (norma de competencia judicial internacional inspirada en el Reglamento Bruselas I-bis), habría que plantearse en primer lugar, si existe o no litisconsorcio pasivo necesario en el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles; y en segundo lugar, y en caso de que así fuera, si procede en este caso la aplicación del art. 22 *ter*, apartado 3 LOPJ para declarar competentes a los tribunales españoles, teniendo en cuenta que uno de los codemandados goza de inmunidad de jurisdicción, y una de las pretensiones “ejercitadas” recae sobre una materia reservada a competencia exclusiva de los tribunales de un tercer Estado.

46. Respecto a la primera cuestión -existencia de litisconsorcio pasivo-, baste recordar que, en el ordenamiento jurídico español, la figura del litisconsorcio pasivo necesario tiene un origen jurisprudencial. No fue hasta la reforma del año 2000, cuando la mencionada figura quedó positivizada en el Derecho interno (arts. 12 y 72 LEC). El litisconsorcio pasivo necesario tiene lugar cuando un sujeto se ve obligado a emplazar a una pluralidad de personas como *condición ineludible* para la obtención de una decisión unitaria sobre el fondo. En Derecho español, el litisconsorcio pasivo necesario posee

---

Reconvención (art. 8. 3); c) Acumulación de acciones reales y contractuales (art. 8. 4). A ellos, habría que unir también el foro de conexidad marítimo (art. 9 Reglamento Bruselas I-bis) así como los supuestos contemplados en el art. 7. 3 (acumulación de acciones civiles y penales), arts. 11. 1 c), 13.1 y 3, 14. 2 (conexidad procesal en materia de seguros), art. 18. 3 (reconvención en materia de contratos celebrados por consumidores) y art. 65 (*litis denuntatio*).<sup>35</sup>

<sup>36</sup> Para poder aplicar el foro de pluralidad de demandados previsto en el art. 8. 1 Reglamento Bruselas I-bis, resulta necesario además que concurran los siguientes requisitos: 1º) *Las demandas planteadas estén “vinculadas estrechamente” entre sí, siendo éste un concepto propio del Reglamento Bruselas I-bis.* Tal y como establece el art. 8.1 Reglamento Bruselas I-bis, existe “vinculación estrecha” cuando se aprecia que es oportuno tramitar y juzgar las pretensiones al mismo tiempo para evitar resoluciones que podrían ser irreconciliables si los asuntos se tramitaran por separado; 2º) *Los demandados deben presentar alguna vinculación jurídica previa entre sí.* Esta exigencia no aparece recogida expresamente en el Reglamento Bruselas I-bis, pero la doctrina la considera necesaria si se quiere respetar el principio de previsibilidad que ha de regir la determinación de la competencia judicial internacional respecto a todos los demandados, que se verán desplazados ante los tribunales del Estado donde está domiciliado uno de ellos; 3º) *La existencia de litisconsorcio pasivo, necesario o voluntario, corresponde determinarla al Derecho procesal del país cuyos tribunales conocen del asunto;* 4º) *El foro de pluralidad de demandados no puede operar si existe un pacto de sumisión expresa entre el demandante y uno de los demandados.* En tal caso, prevalece en todo caso el art. 25 Reglamento Bruselas I-bis. 5º) Tampoco puede operar dicho foro multisubjetivo si una de las pretensiones ejercitadas por el demandante está reservada al *conocimiento exclusivo* de los tribunales de un Estado miembro, distinto al domicilio de uno de los demandados. En tal supuesto, el art. 24 Reglamento Bruselas I-bis prevalece sobre todos los demás foros del Reglamento. Vid. A.- L. CALVO CARACAVA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 796-801; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, nota 31, pp. 211-216; I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, nota 31, pp.199-244.

<sup>37</sup> No se alcanza a entender como el legislador español, no ha incorporado en el sistema de competencia judicial internacional de producción interna, claramente inspirado en el Reglamento Bruselas I-bis, otros foros por conexidad procesal como la intervención de terceros, la reconvención o la acumulación de acciones. Tampoco tiene explicación alguna, la traslación literal del art. 72 LEC, norma de competencia interna, al art. 22 *ter*, apartado 3 LOPJ, norma de competencia judicial internacional inspirada en las normas de Derecho internacional privado europeo, especialmente por lo que al concepto de “vinculación estrecha” se refiere.

una naturaleza material<sup>38</sup>. Se fundamenta *en el carácter inescindible de la relación jurídica objeto del proceso*. En este sentido, cabe distinguir dos tipos de situaciones litisconsorciales: aquellas previstas en las leyes (litisconsorcio propiamente necesario) y aquellas otras forjadas por la jurisprudencia del TS (litisconsorcio necesario impropio)<sup>39</sup>.

**47.** El litisconsorcio pasivo necesario impropio se justifica en la necesidad de evitar que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio, así como impedir la posibilidad de que se produzcan sentencias contradictorias sin posible ejecución. Situaciones que solo se dan respecto a *terceros intervinientes directamente en la relación jurídico-material debatida, pero no respecto a aquellos otros a los que solo les afecta de una forma indirecta, refleja, mediata o prejudicial por simple conexión*.

**48.** Con el litisconsorcio pasivo necesario se trata de evitar que personas no litigantes se vean afectadas por la sentencia recaída en un proceso en el que no han sido parte. En otras palabras, persigue evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y prejudicial, y con los consiguientes efectos de cosa juzgada a alguna o algunas de las personas que no hayan sido parte en el proceso<sup>40</sup>.

**49.** El litisconsorcio pasivo necesario no es apreciable cuando los posibles efectos hacia terceros se producen con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recaen produce una declaración que solo les afecta con carácter prejudicial o indirecto. En estos casos, la intervención en el litigio podrá ser voluntaria pero no necesaria, en tanto que la extensión de los efectos de cosa juzgada no les afecta ni se produce para ellos indefensión.

**50.** En el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles no concurren las circunstancias necesarias para estimar un litisconsorcio pasivo necesario. Primero, el tercero (Estado de Cuba) no interviene directamente en la relación jurídico-material debatida (enriquecimiento injustificado), solo lo hace de manera prejudicial e indirecta. Segundo, la relación jurídica objeto del proceso no presenta carácter inescindible respecto a una pluralidad de sujetos. Tercero, la declaración que pueda realizar el juez respecto a los terceros les afecta con carácter prejudicial o indirecto (licitud/ilicitud del acto de nacionalización), por tanto, la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada ni les producirá indefensión para ellos.

**51.** En tal caso, nos hallamos ante una cuestión previa a la cuestión principal que actúa como antecedente lógico de esta, y que debe resolverse por ello, de forma anticipada para resolver el objeto del proceso. Por tanto, la única forma de encauzar este asunto en sus debidos términos jurídicos pasa por resolver la cuestión previa planteada (licitud o ilicitud del acto de nacionalización) de la cual depende la resolución de la pretensión principal (enriquecimiento injustificado), teniendo en cuenta que la decisión alcanzada por el tribunal español respecto al tercero o terceros (Estado de Cuba y Sociedad Gaviota) no produce efectos de cosa juzgada frente a los mismos.

**52.** El motivo por el que Meliá ha obtenido el enriquecimiento injustificado que ha generado el derecho de la parte actora a reclamar los frutos obtenidos por la explotación hotelera, proviene de que la demandada de manera consciente se está beneficiando económicamente de una confiscación de bienes llevada a cabo en contra de las normas de derecho internacional y, por tanto, hecha de forma ilícita. El hecho que convierte en injustificado el enriquecimiento de Meliá es la propia ilicitud del acto de nacionalización, no los negocios jurídicos concretos que posteriormente Cuba haya celebrado sobre dichos

<sup>38</sup> Siendo esto así, desde el punto de vista del DIPr español, la existencia de litisconsorcio pasivo se hará depender de la *lex causae*, norma que rige el fondo del asunto.

<sup>39</sup> Vid. I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, nota 31, pp. 283-297, pp. 341-351.

<sup>40</sup> Vid., entre otras: STS 25 de octubre de 1993; STS 31 de enero de 1995; STS 10 de junio de 1996; STS 18 de septiembre de 1996; STS de 23 de febrero de 1998; STS 27 de febrero de 1998; STS 8 de junio de 1998; STS 11 de junio de 1998; STS 18 de septiembre de 1998; STS 22 de octubre de 1998; STS 24 de noviembre de 1998; STS 28 de diciembre de 1998; STS 29 de febrero de 2000.

terrenos. De esta manera, *la valoración de la licitud o ilicitud del acto de nacionalización* que provoca que los terrenos controvertidos pasen a ser propiedad del Estado cubano *es un requisito previo y fundamental en la formulación y resolución de las pretensiones de la demandante*. Para ello no resulta necesaria la intervención del Estado Cubano en el procedimiento. Como se verá más adelante, la cuestión previa debería ser afrontada por parte de nuestros tribunales desde el prisma de la eficacia internacional de los actos de Estado.

**53.** En el supuesto de existir litisconsorcio pasivo necesario, la segunda cuestión que debería plantearse giraría en torno a la posible aplicación del art. 22 ter, apartado 3 LOPJ para fundamentar la competencia judicial de los tribunales españoles.

**54.** El foro de pluralidad de demandados regulado en el art. 22 ter, apartado 3 LOPJ no puede operar ni cuando una de las pretensiones se dirige contra un sujeto que goce de la inmunidad de jurisdicción, lo impide así el art. 36. 2. 1º LEC, ni cuando una de las pretensiones que se ejerciten verse sobre una materia reservada a la competencia exclusiva de un tercer Estado. Admitir, en este último supuesto, lo contrario conduciría a nuestros tribunales a dictar una sentencia inejecutable y, por ende, a una tutela judicial “inefectiva”, en contra de lo establecido en el art. 24 CE/art. 6 CEDH.

**55.** Finalmente, llama la atención la contradicción manifiesta en la que incurre el JPI de Palma de Mallorca que en Auto de 2 de septiembre de 2019, admite la declinatoria de jurisdicción y de competencia judicial internacional, revocada muy acertadamente por la AP en Auto de 18 de marzo de 2020, y que vuelve ahora y con los mismos argumentos que fueron rechazados por el órgano jurisdiccional superior a estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario sin plantearse previamente: 1º) la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para estimar la situación de litisconsorcio pasivo necesario planteada; 2º) requiriendo a la parte actora a dirigir su demanda contra un tercero/ terceros, a sabiendas de que dichos sujetos gozan de inmunidad de jurisdicción. ¿Podría explicar alguien tal despropósito jurídico?

### 3. Cuestiones de Derecho aplicable

**56.** En el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, no se plantea controversia alguna en torno a la determinación de la ley aplicable. La demandante fundamenta sus pretensiones con base al Derecho español, concretamente art. 455 Cc.

**57.** Teniendo en cuenta el carácter imperativo de las normas de conflicto (art. 12.6 Cc), surge de inmediato la cuestión de dilucidar cual es la ley aplicable a este asunto.

**58.** El Reglamento (CE) núm. 864/2007, de 11 de julio, del Parlamento Europeo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, Reglamento Roma II)<sup>41</sup>, contiene una norma especial para el enriquecimiento injustificado (art. 10). No obstante, el Reglamento Roma II no resultaría de aplicación en tanto que los hechos generadores del daño se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado texto legal (art. 31 y art. 32 Reglamento Roma II).

**59.** Por tanto, para determinar el derecho aplicable habría que recurrir al art. 10.9 Cc español, que en su apartado 3, dispone que: “en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido”<sup>42</sup>. Por tanto, la pretensión ejercitada por Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles ante los tribunales españoles debería regirse

<sup>41</sup> DO L núm. 199, de 31 de julio de 2007.

<sup>42</sup> Vid. M. A. AMORES CONRRADI, “Art. 10. 9”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (DIRS.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, pp. 729-769; J. A. CARRILLO SALCEDO, “Art. 10. 9”, en M. ALBALADEJO (DIR.), *Comen-*

por el Derecho cubano. Cuestión esta que nos conduciría a tratar el espinoso problema de la alegación y prueba del Derecho extranjero, algo que desbordaría el objeto de este trabajo.

## IV. Eficacia internacional de las nacionalizaciones

### 1. Consideraciones previas

**60.** Cualquier Estado puede adoptar diferentes medidas en orden a adquirir bienes de los particulares, -personas físicas y/o jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras-, siempre que estén situadas en su territorio. Tales medidas son, principalmente: la nacionalización, la expropiación y la confiscación. A pesar de que desde la perspectiva del Derecho internacional privado gocen de un tratamiento análogo, lo cierto es que son conceptos diferentes<sup>43</sup>. En general, se entiende que la confiscación es una medida de carácter penal, y que como tal, no conlleva compensación; por otra parte, la expropiación se caracteriza por ser un acto administrativo dirigido a bienes específicos, y que siempre implica una indemnización, aspectos que la diferencian de la nacionalización, medida legislativa que afecta a todo el sistema económico de un país, o a sociedades globalmente consideradas, pero no a bienes aislados, y no siempre va acompañada de la debida compensación<sup>44</sup>.

**61.** El Estado cubano, que es el caso que aquí nos ocupa, llevó a cabo una nacionalización general de su economía, mediante la Ley 890 de 13 de octubre de 1960, como consecuencia de un cambio en la estructura política y económica del país. Aunque no se previó la correspondiente indemnización en la ley antes citada, sí se hizo en la Ley 956 de 24 de agosto de 1961. Sin embargo, dicha compensación nunca llegó a hacerse efectiva<sup>45</sup>.

**62.** El tratamiento jurídico-internacional de las nacionalizaciones es ciertamente complejo: deben combinarse tanto una perspectiva de Derecho internacional público como una perspectiva de Derecho internacional privado<sup>46</sup>. En virtud de la primera, cada Estado es competente para tomar las medidas de nacionalización que estime oportunas siempre que éstas sólo afecten a bienes dentro de sus fronteras. Estas medidas tendrán plenos efectos en dicho Estado. Por otro lado, el Derecho internacional privado se encarga de fijar las condiciones para proceder a la validez extraterritorial de los actos de nacionaliza-

---

*tarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Jaén Edersa, 1978, pp. 360-369; L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Ley aplicable al enriquecimiento sin causa eb ek Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998.

<sup>43</sup> Esta diferenciación conceptual tendrá sus efectos a la hora de analizar su conformidad con el orden público internacional español, como se verá más adelante.

<sup>44</sup> Acerca de la diferenciación entre estos tres conceptos, *vid.* P. ADRIAANSE, *Confiscation in Private International Law*, The Hague, 1956, pp. 5-9, 96-97; M. AGUILAR NAVARRO, (dir), *Derecho Civil Internacional*, Vol. II, Madrid, 1975, pp. 712; M. BODGAN, *Expropriation in Private International Law*, Lund, 1975, pp. 12-13; M. DOMKE., "Foreign nationalizations", *AJIL*, Vol. 55, nº 3, 1961, pp. 587-590; T. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Neuchâtel, 1989, pp. 78-80; F. KNOEPFLER, «Les nationalisations françaises face à l'ordre juridique suisse», *ASDI*, vol. XXXIX, 1983, pp. 149-153; F. MUNCH, "Les effets d'une nationalisation à l'étranger", *RCADI*, vol. 98, 1959, pp. 418-422; S. PETREN, "La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu", *RCADI*, vol. 109, 1963, pp. 493-496; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Eficacia Internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas*, Madrid, 1988, pp. 23-24; ID., "Problemas jurídico-internacionales relativos a la propiedad de la marca *Dry Sack* y otras surgidos a raíz de la expropiación del holding Rumasa", *Diario La Ley*, 1984, tomo 3, pp. 816; A. SADEK EL-KOCHERI, "Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental", *RCDIP*, LVI, 1967, pp. 249-251; M. SAVATIER, "Les nationalisations en droit international privé", *Travaux du Comité français de Droit international privé 1946-1948*, París, 1951, pp. 50-51; B. A. WORTLEY, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, 1959, pp. 36-37. A su vez, se han distinguido también 3 tipos de nacionalizaciones: a) las realizadas por países occidentales, en las cuales siempre se acuerda la debida compensación; b) las ejecutadas por la Unión Soviética, que por razones ideológicas contra la propiedad privada no han ido acompañadas de indemnización alguna (sobre la mismas *vid.* B. A. WORTLEY, *op. cit.*, pp. 115-117) y; c) las llevadas a cabo como consecuencia de los procesos de descolonización, las cuales han conllevado compensación (*vid.* A. SADEK EL-KOCHERI, *loc. cit.*, pp. 251-253). Por ello, las nacionalizaciones que no han ido acompañadas de indemnización, a pesar de estar previstas en las leyes nacionalizadoras o en convenios, equivalen, de hecho, a las confiscaciones, *vid.* T. HEFTI, *op. cit.*, p. 133.

<sup>45</sup> *Vid.* C. GARREAU DE LOUBRESSE, "Les nationalisations cubaines", *AFDI*, 1961, pp. 215-226.

<sup>46</sup> Sobre la relación de ambas perspectivas en materia de nacionalizaciones, *vid.* M. SAVATIER, *loc. cit.*, nota 44, pp. 49-50.

ción, ya que el Derecho internacional público no obliga al resto de Estados a reconocer tales medidas, sino que cada Estado es libre de reconocer o no efectos extraterritoriales a los actos de otros Estados<sup>47</sup>.

63. Con este telón de fondo, y teniendo como referente la cuestión previa planteada ante los tribunales españoles en el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, se tratará de examinar si la nacionalización llevada a cabo por el Estado cubano reúne las condiciones necesarias para obtener eficacia jurídica en España.

## 2. Perspectiva de Derecho Internacional Privado

64. Para determinar la eficacia internacional de las nacionalizaciones, la doctrina más autorizada propone verificar, ante la ausencia de una regulación específica al respecto, el cumplimiento de dos condiciones: 1º) la competencia internacional del Estado nacionalizador para adoptar tal medida y; 2º) la no contrariedad de la medida de nacionalización con el orden público internacional<sup>48</sup>.

### A) Competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio

65. En función del tratamiento jurídico que se otorgue a la naturaleza del acto de nacionalización, cabe distinguir *grosso modo* dos mecanismos para efectuar el control de la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio: a) el principio de territorialidad; b) el principio de vinculación efectiva.

#### a) Principio de territorialidad

66. Los métodos tradicionalmente utilizados en orden a examinar la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio han sido: el principio de la territorialidad, aplicado en el Derecho continental, y la doctrina del *Act of State*, propio del Derecho anglosajón. Aunque guarden ciertas diferencias, lo cierto es que ambos mecanismos basan la eficacia internacional de la nacionalización en la localización del bien litigioso dentro de la esfera de soberanía del Estado nacionalizador, esto es, dentro de su territorio<sup>49</sup>.

67. El Estado tiene una competencia exclusiva en su territorio. Por tanto, las medidas de nacionalización no pueden afectar más que a los bienes situados en el territorio del Estado nacionalizador. En cualquier caso, los demás Estados son libres para reconocer o no, efectos a los actos de otros Estados. El principio de territorialidad se traduce, desde el punto de vista conflictual, en la determinación de la ley

---

<sup>47</sup> Vid. F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, París, Economica, 1975, p. 53; A. SADEK EL-KOCHERI, *loc. cit.*, nota 44, pp. 254-255; B. A. WORTLEY, *op. cit.*, nota 44, p. 17. La mayoría de la doctrina destaca la falta de utilidad del Derecho internacional público para resolver el problema de la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones dejando tal extremo al Derecho internacional privado. Sin embargo, A. K. BOYE en su tesis sobre las nacionalizaciones otorga un papel más relevante al Derecho internacional público, será éste el que recogerá las condiciones de la eficacia internacional de las nacionalizaciones, para dejar al Derecho internacional privado la determinación de dicha eficacia (*vid. L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979, pp. 127-134, 175-199).

<sup>48</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 29, pp. 1221-1227.

<sup>49</sup> Mientras que el principio de territorialidad utiliza una técnica conflictual para situar los bienes nacionalizados, la doctrina del *Act of State* emplea un método unilateral, fundamentado en la división de poderes, concretamente en la idea de que el poder judicial no debe inmiscuirse en las tareas propias del poder ejecutivo, como son las relaciones diplomáticas con otros Estados. De ahí que se establezca que ningún tribunal puede denegar efectos a una nacionalización siempre que el Estado tome esta medida respecto de bienes situados en su territorio. Al igual que ocurre en la jurisprudencia continental, en la jurisprudencia anglosajona también es común alegar la excepción de orden público para denegar efectos a las nacionalizaciones. Vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp.236-238; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *op. cit.*, nota 27, pp. 42-54; I. SEIDL-HOHENVELDERN, "Expropiaciones de Estados extranjeros y tribunales internos", *Revista de Estudios Políticos*, 1966, pp. 110-124.

de situación del bien como criterio de verificación de la competencia internacional del Estado. Esta es la posición seguida tradicionalmente y de forma mayoritaria por doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado, incluido el Tribunal Supremo español<sup>50</sup>.

#### b) Principio de vinculación efectiva

68. La doctrina más reciente, sin embargo, ha sometido a constantes críticas la utilización que la jurisprudencia ha realizado del método conflictual en esta materia. Partiendo de la idea de la «unidad económica» de la empresa se intenta flexibilizar el reconocimiento extraterritorial de la medida de nacionalización, subsumiendo esta cuestión en el ámbito del conflicto de jurisdicciones (P. Mayer)<sup>51</sup>-, o en el de conflicto de autoridades (A. K. Boye)<sup>52</sup>-.

69. En los litigios derivados de una nacionalización, no se trata de acudir al conflicto de leyes para elegir la norma aplicable, pues ya existe una: la ley del Estado nacionalizador, de manera que tan sólo habrá que determinar la aceptación o rechazo de los efectos de ésta en el foro<sup>53</sup>. Desde esta perspectiva, si el bien nacionalizado es una empresa, siguiendo el criterio de unidad económica, los bienes dependientes de la misma deben considerarse también nacionalizados con independencia del lugar donde estén situados. Por tanto, es necesario determinar el vínculo económico entre sociedad y Estado nacionalizador. En este sentido, debe prestarse atención al lugar donde la empresa realiza su actividad económica, su objeto social. Si es dentro del territorio del Estado nacionalizador, la nacionalización deberá surtir efectos no sólo respecto de la sociedad, sino respecto de todos sus bienes, ya que estos también se utilizan para desarrollar tal actividad.

### B) Conformidad con el orden público internacional español

70. Una vez que se ha comprobado la competencia del Estado nacionalizador para tomar tal medida de privación de la propiedad privada, la segunda condición a cumplir, si se quiere otorgar eficacia extraterritorial a una nacionalización, es la conformidad con el orden público internacional español.

71. Ahora bien, la función que cumple el orden público internacional en materia de nacionalizaciones está condicionada por el mecanismo utilizado para verificar la competencia internacional del Estado nacionalizador, pudiéndose distinguir dos supuestos: a) excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto; b) condición de validez extraterritorial del acto de nacionalización.

#### a) Orden público internacional como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto

72. Cuando se utiliza la técnica conflictual, y por tanto el principio de territorialidad, para verificar la competencia internacional del Estado nacionalizador, como hace la mayor parte de la doctrina y de

<sup>50</sup> En lo que respecta al principio de territorialidad y su influencia en la negación de la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, *vid.* T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, pp. 844-845; H. BATTIFFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7ª ed., T. II, Paris, 1983, pp. 186-193; I. GUARDANS I CAMBÓ, *op. cit.*, nota 32, pp. 233-236; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *op. cit.*, nota 44, pp. 35-42.

<sup>51</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973.

<sup>52</sup> A. K. BOYE, *L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979.

<sup>53</sup> P. MAYER entiende que el método del conflicto de leyes debe utilizarse con las reglas, mientras que las decisiones, como son las nacionalizaciones, deben tratarse a través del método del conflicto de jurisdicciones, (*op. cit.*, pp.102-121). Por su parte, A. K. BOYE no habla de decisión, sino de acto. Según esta construcción doctrinal, al igual que la defendida por P. MAYER, los tribunales sólo pueden decidir si aceptan o rechazan la nacionalización, si bien, éstos se encuentran dentro del ámbito del conflicto de autoridades, no de jurisdicciones. En todo caso, los tribunales deben dilucidar si la autoridad que dictó dicho acto era o no competente. Para ello, se tendrá en consideración la idea de la unidad económica que supone una sociedad. Aunque, a diferencia de la anterior tesis, en esta última no se descarta la aplicación de la norma de conflicto como una herramienta de control a la hora de analizar las condiciones para otorgar eficacia extraterritorial a las nacionalizaciones, si bien, su utilización sería extraordinaria. *Vid. L'acte...op. cit.*, pp. 150-173.

la jurisprudencia en derecho comparado, el orden público internacional queda completamente desnaturalizado. Y ello, por dos razones: 1ª) si el bien litigioso se localiza, mediante la aplicación de la norma de conflicto del foro, fuera del territorio del Estado nacionalizador, no quedará afectado por la medida de nacionalización; 2ª) como consecuencia de lo anterior, el orden público no aparece como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, sino como condición para aceptar o rechazar efectos extraterritoriales a la nacionalización. Afirmación esta que queda totalmente reforzada en aquellos litigios relativos a las marcas de empresa<sup>54</sup>.

**73.** La situación de las marcas en el lugar de registro y protección conduce a la aplicación de la ley del foro. Si, en virtud de la protección territorialista, procede aplicar en general la ley del lugar de su registro y no la ley del país de origen –país nacionalizador-, no cabe en ningún modo aplicar la excepción de orden público (art. 12. 3 Cc). El recurso a dicho mecanismo resulta del todo superfluo. Aun así, resulta del todo llamativo que los tribunales recurran de forma reiterada a dicho mecanismo.

**74.** Salvo en aquellos casos en los que la norma de conflicto del foro conduce a la aplicación de la ley del Estado nacionalizador, cabe afirmar que la técnica conflictual no se adapta, a la naturaleza y funcionamiento de las nacionalizaciones. Su verdadera función es localizar el bien y verificar así la competencia territorial del Estado nacionalizador, designando tan sólo en un sentido formal la ley aplicable, pues a la hora de analizar el orden público, los tribunales no toman como referencia la ley designada por la norma de conflicto, sino que toman en consideración la ley nacionalizadora. Algo que confirma que, de facto, el orden público internacional es utilizado por los tribunales como una condición para aceptar o rechazar efectos internacionales a las nacionalizaciones realizadas por otros Estados.

**75.** Este planteamiento, -técnica conflictual y desnaturalización de la excepción de orden público internacional, es el que ha seguido el Tribunal Supremo español en las dos ocasiones en que ha tenido que pronunciarse sobre las nacionalizaciones en Cuba: Sentencia de 25 de septiembre de 1992<sup>55</sup> y Sentencia de 30 de diciembre de 2010<sup>56</sup>. En ambos casos, aunque con importantes diferencias entre ellos, se disputaba la propiedad de una marca registrada en España. El Tribunal Supremo tras no reconocer la nacionalización de la sociedad cubana y confirmar la adquisición fraudulenta de la marca española por parte del Estado cubano -lo cual bastaría para denegar la eficacia de la nacionalización cubana en España-, añade la falta de conformidad de dicha nacionalización con el orden público por la inexistencia de una indemnización económica a favor de los perjudicados<sup>57</sup>. Es importante matizar que el Tribunal Supremo, en ambos casos, podía haber alegado la excepción de orden público respecto de la nacionalización de la sociedad, a la cual, según la técnica conflictual clásica, se le aplicaba la ley cubana, pero de ningún modo a la marca, sita en España, tal y como el propio Tribunal Supremo dice, *sometida a la ley española*<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> La utilización del orden público es estos casos como «cajón de sastre» por parte de los tribunales evidencia la existencia más bien de intereses políticos, económicos y sociales del Estado requerido, *vid.* A. QUIÑONES ESCAMEZ, *op. cit.*, nota 44, pp. 257-267.

<sup>55</sup> RJ\1992\7325. *Vid.* comentarios a esta sentencia en: F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “25 de septiembre de 1992. Nacionalización extranjera. Efectos sobre marcas registradas en España. Contrariedad con el orden público”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1992, núm. 30, pp.883-884; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 25 de septiembre de 1992”, *REDI*, 1994, núm. 1, pp. 382-383.

<sup>56</sup> ECLI:ES:TS:210:7666. Para un comentario a esta sentencia, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ/C. MACHO GÓMEZ, “Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto “Havana Club” ante los tribunales españoles”, *CDT*, 2012, núm. 2, pp. 159-176.

<sup>57</sup> *Vid.* STS (Sala de lo Civil), de 25 de septiembre de 1992, FJ 3º; STS (sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2010, FJ 11º.

<sup>58</sup> *Vid.* A pesar del grave error a la hora de entender la función de la excepción de orden público en el ámbito del conflicto de leyes, ha sido un argumento muy utilizado en toda la jurisprudencia relativa a la nacionalización de las marcas: Tribunal de Apelación de París, de 25 de junio de 1958, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Apelación de Turín, de 17 de junio de 1958, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Distrito de Oslo, de 11 de julio de 1959, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Gran Instancia de París, de 15 de diciembre de 1971 «caso Zeiss»; Tribunal de Apelación de París, de 9 de julio de 1975, «caso Zeiss»; Tribunal del Distrito de Nueva York, de 7 de noviembre de 1968, «caso Zeiss»; Tribunal de Apelación de Milán, de 10 de agosto de 1956, «caso Zeiss»; Tribunal de Milán, de 14 de junio de 1965, «caso Zeiss»; Tribunal de París, de 19 de marzo de 1963 «caso Agfa»; Tribunal Supremo holandés, de 18 de enero de 1965, «caso Kjllberg»; Tribunal Supremo

## b) Orden público internacional como condición de validez extraterritorial del acto de nacionalización

76. Desde un enfoque competencial, –conflicto de jurisdicciones o autoridades-, y aceptando por tanto la competencia personal del Estado para nacionalizar bienes, resulta absolutamente necesario analizar la compatibilidad de la nacionalización con el orden público internacional. Debe tenerse en cuenta que, en este caso, el orden público no constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, sino una condición a la eficacia extraterritorial de la nacionalización.

77. Desde esta perspectiva, *orden público como condición de la validez extraterritorial del acto de nacionalización*, se debe concretar qué elementos configuran tal concepto en dicha materia. Según la doctrina, se entiende que los principios configuradores del orden público internacional español en materia de nacionalizaciones son: a) la existencia de una causa de interés general; b) un procedimiento de privación de la propiedad que permita la defensa jurídica del expropiado; c) la existencia de una indemnización justa; d) que no haya existido discriminación o represalia<sup>59</sup>; y e) que el caso tenga suficiente vinculación con el Estado requerido,- orden público internacional de proximidad<sup>60</sup>.

78. En cuanto a la primera condición, –existencia de una causa de interés general-, la voluntad de un Estado de cambiar su modelo económico resulta una causa suficiente para llevar a cabo una nacionalización<sup>61</sup>. En lo relativo a la exigencia de un procedimiento contradictorio, difícilmente podrá ser utilizado en las nacionalizaciones que, por definición, se llevan a cabo a través de leyes que afectan a la totalidad de la economía de un país<sup>62</sup>. Finalmente, se debe analizar la exigencia de indemnización, el motivo más utilizado a la hora de fundamentar la no conformidad con el orden público en los casos de validez extraterritorial de nacionalizaciones<sup>63</sup>.

79. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, aunque también se basa en las garantías constitucionales relativas a la expropiación forzosa, se centra fundamentalmente en el requisito de la indemnización<sup>64</sup>. La falta de tal compensación sirve de argumento para fundamentar la contrariedad de

---

israelí, de 30 de junio de 1971, «caso Bacardí»; Tribunal Supremo italiano, de 5 de octubre de 1959, «caso Archimedes»; Tribunal Supremo austriaco, de 3 de febrero de 1954, «caso Danuvia»; Tribunal Supremo austriaco, 14 de enero de 1953 y 14 de septiembre de 1955, «caso Carborundum»; *vid.* A. QUIÑONES ESCAMEZ, *op.cit.*, nota 44, pp. 239-247.

<sup>59</sup> Este requisito ha sido alegado, especialmente, en las nacionalizaciones de los países del tercer mundo, a los cuales se les acusa de nacionalizar sociedades que sólo afectan a los intereses de las personas con una determinada nacionalidad, los nacionales de los respectivos países colonizadores. Por el contrario, se ha defendido dichas nacionalizaciones como instrumentos para restablecer una igualdad antes inexistente. De manera que, con tales actos, se trata de forma diferente situaciones que eran desiguales, como era la situación privilegiada de la que gozaban los países colonizadores, respecto de otros países en dicha ex colonia. En este sentido, se pronunció el Tribunal de Apelación de Bremen, en relación con la nacionalización de propiedades holandesas, entre ellas plantaciones de tabaco, por parte de Indonesia, *vid.* A. K. BOYE, *op. cit.*, nota 52, pp. 107-113; M. DOMKE, “Indonesian nationalization measures before foreign courts”, *AJIL*, Vol. 54, nº2, 1960, pp. 305-323, en especial pp.315-316, pp. 322-323; *id.*, *loc. cit.*, nota 44, pp. 600-603; T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, pp. 229-230; A. SADEK EL-KOCHERL, *loc. cit.*, nota 44, p. 260.

<sup>60</sup> *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 29, pp. 1225-1226.

<sup>61</sup> En este sentido, la propia ley nacionalizadora cubana, la Ley 890, justificaba la nacionalización por causa de *interés público, social y nacional* (art.6). Alegar la ausencia de interés público por parte de los perjudicados, en pocas ocasiones, podrá tener éxito, a menos que la nacionalización hubiera ido mucho más allá de cualquier límite razonable, *Vid.* M. DOMKE, *loc. cit.*, nota 44, pp. 590-591; T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, p. 228.

<sup>62</sup> En el caso de las nacionalizaciones cubanas, los procedimientos fueron muy breves, sin apenas formalidad alguna, basándose en una mera notificación a los perjudicados. *Vid.* C. GARREAU DE LOUBRESSE, *loc. cit.*, nota 45, p. 224.

<sup>63</sup> *Vid.* A. K. BOYE, *op. cit.*, nota 52; p.91; M. DOMKE, *loc. cit.*, nota 44, p. 603; T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, p. 227.

<sup>64</sup> En la Sentencia de 25 de septiembre de 1992, el TS fijaba tres requisitos para reconocer en España efectos a una nacionalización extranjera: a) la presencia de causas reales concretas; b) la existencia de un expediente contradictorio previo y; c) la verificación de una compensación económica. Estas tres condiciones coinciden con las garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio recogidas en el art. 33.3 CE. Sin embargo, la utilización de estas tres garantías como contenido del orden público internacional español a la hora de otorgar eficacia extraterritorial a las nacionalizaciones extranjeras ha sido duramente criticada por la doctrina. *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, nota 55, pp.883-884; P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, nota 55, p. 382. Dichas garantías están pensadas para procedimientos de expropiación, llevados a cabo mediante la aplicación de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de expropiación forzosa- pero no para otorgar eficacia en España a nacionalizaciones extranjeras. Así, en cuanto a la primera de ellas – la presencia de causas reales y concretas-, y como se dijo anteriormente, es causa más

tal nacionalización con el orden público<sup>65</sup>. Por tanto, cabe afirmar que, en esta materia, la vulneración del orden público internacional con vistas a rechazar o aceptar efectos a una medida de nacionalización gira en torno a la existencia de indemnización<sup>66</sup>.

**80.** Aunque no es una cuestión pacífica, se ha llegado a defender por un sector de la doctrina que la obligación de pago de una indemnización como condición de validez de la nacionalización constituye un principio general de derecho positivo dentro del Derecho internacional público<sup>67</sup>. Si bien, esta posición no se puede fundamentar en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, en tanto que en su art. 17, sobre el derecho de propiedad, no establece tal garantía, lo cierto es que la práctica internacional de los Estados impone la existencia de tal obligación: *las nacionalizaciones deben ir acompañadas de una indemnización razonable en el tiempo, efectiva y adecuada*. El argumento más utilizado para fundamentar dicha práctica internacional de los Estados es que incluso los países de corte comunista han concluido Convenios internacionales con tal previsión de compensación como consecuencia de nacionalizaciones, y no sólo han elaborado dichos Convenios con Estados occidentales, sino incluso entre los propios países del mismo sesgo ideológico<sup>68</sup>.

**81.** En el caso de Cuba, la indemnización estaba prevista en la Ley 890 de 13 de octubre de 1960, en relación con la Ley 956 de 24 de agosto de 1961-, si bien es cierto no se llegó a materializar<sup>69</sup>. Con el paso del tiempo, el Estado cubano ha intentado solucionar este escollo recurriendo a distintos mecanismos, como la celebración de convenios bilaterales con aquellos Estados cuyos nacionales quedaron afectados por la nacionalización sin mediar compensación. Tal es el caso del Convenio celebrado entre España y Cuba sobre indemnización por los bienes españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959, firmado en La Habana el 16 de noviembre de 1986<sup>70</sup>. El citado Convenio bilateral es un acuerdo de compensación global (*lump sum agreement*), esto es, un acuerdo mediante el cual, el Estado nacionalizador y el Estado cuya nacionalidad ostentan los perjudicados, fijan una suma global como indemnización fijando unos plazos para su pago. A cambio, el Estado cuyos nacionales sufrieron la nacionalización renuncia a

---

que suficiente querer modificar el modelo económico de un país, además también se ha argumentado que, en este caso, se está exigiendo más incluso que en un procedimiento expropiatorio, donde se debe especificar no la causa de la expropiación en sí, sino el fin al cual se va a dedicar el bien expropiado. En lo relativo al requisito del procedimiento, se debe decir que, incluso en casos de urgencia, este requisito no es exigible en una expropiación. Del requisito constitucional de la indemnización, el más importante, y en el que se centra la sentencia del Tribunal Supremo comentada, se desprende que ésta debe existir en todo caso. Ahora bien, aunque esta exigencia se refiera a la expropiación, el Tribunal Constitucional admite que dicha compensación no tiene porqué ser siempre previa, si bien, sí que debe existir *un razonable equilibrio entre daño expropiatorio y su reparación*, esto es, *la indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado* (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de diciembre de 1986). En definitiva, el contenido del orden público internacional en esta materia, conformado principalmente por lo establecido en el art. 33.3 CE, debiera adecuarse a la propia naturaleza y características de las nacionalizaciones, especialmente, en relación con los rasgos definidores de la indemnización, por ser ésta la exigencia más decisiva. *Vid.* A. QUIÑONES ESCAMEZ, *op. cit.*, nota 44, pp. 252-253. En relación con la indemnización, A. K. BOYE, entiende que no se puede asimilar la nacionalización a la expropiación por causa de utilidad pública (*op. cit.*, nota 52, pp. 91-92, p. 97).

<sup>65</sup> *Vid.* STS (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2010, FJ 10º.

<sup>66</sup> La ausencia de indemnización ha sido y es el argumento generalmente utilizado para alegar el incumplimiento del orden público, y con él, denegar la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, *vid.* I. GUARDANS I CAMBÓ, *op. cit.*, nota 49, p. 240; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *op. cit.*, nota 44, p. 253; M. SAVATIER, *loc. cit.*, nota 44, pp. 55-57.

<sup>67</sup> Sobre la controversia en torno a la existencia de tal obligación en el Derecho internacional público, *vid.* A. K. BOYE, *op. cit.*, nota 52, pp. 92-93; T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, pp. 230-231, pp. 250-251; A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, 1ª ed., Madrid, 1987, pp. 307-309; M. SAVATIER, *loc. cit.*, nota 44, pp. 52-53; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *loc. cit.*, nota 49, p. 127.

<sup>68</sup> *Vid.* M. DOMKE, *loc. cit.*, nota 44, pp. 603 -604; T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, pp. 147-152.

<sup>69</sup> M. DOMKE afirma que la promesa de compensación futura en la ley nacionalizadora no es suficiente para cumplir con esta exigencia (*loc. cit.*, nota 27, pp. 604-607). Sin embargo, también se ha defendido que dicha promesa no es vulneradora del orden público, en este sentido, se ha propuesto la suspensión de los efectos extraterritoriales de la nacionalización en tanto no se llegue a un acuerdo en torno a la indemnización, pero no la denegación inmediata de los mismos, *vid.* A. SADEK EL-KOCHERI, *loc. cit.*, nota 44, pp. 261-262 y p. 274.

<sup>70</sup> BOE núm.67, de 18 de marzo de 1988.

presentar cualquier reclamación o reivindicación a tal efecto<sup>71</sup>. En el marco del mencionado texto convencional, el Estado cubano sólo se obliga a indemnizar a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española (arts. 1 y 3)<sup>72</sup>. El citado instrumento internacional no hace más que recoger la obligación impuesta a los Estados por el Derecho internacional público, consistente en la exigencia de indemnización para los perjudicados extranjeros perjudicados por un acto de nacionalización<sup>73</sup>.

**82.** Por tanto, para determinar si el Estado cubano ha cumplido o no, con su obligación de pago de indemnización habría que distinguir dos supuestos según la nacionalidad de los perjudicados por el acto de nacionalización. Así, si los afectados son españoles, resultaría de aplicación el Convenio hispano-cubano, quedando intacto el orden público internacional español. En el caso de que los perjudicados por el acto de nacionalización fueran cubanos, tampoco quedaría afectado el orden público internacional español. El Estado cubano es libre de indemnizar o no a sus nacionales, tal y como se deriva del principio de soberanía económica de cada Estado, ya que ni la exigencia de una indemnización es un derecho fundamental, ni la nacionalización afecta a la libertad de mercado defendida por nuestra Constitución<sup>74</sup>. A igual conclusión se debiera llegar si los afectados por la nacionalización ostentaran la nacionalidad de un tercer Estado.

**83.** Sin embargo, no es ésta la posición mantenida por el Tribunal Supremo. Para el alto tribunal, la nacionalización llevada a cabo en Cuba no afecta a la libertad de mercado (art. 38 CE), pero sí que incumple el requisito de la indemnización (art.33.3), el cual, al igual que el primero, no necesitan ser derechos fundamentales (Sección 1ª, Capítulo II, Título I CE) para formar parte del orden público internacional español<sup>75</sup>. Para el Tribunal Supremo, el orden público internacional español contiene la necesidad de que exista una compensación cuando por razones de interés general se pierde la propiedad de un bien, es una consecuencia directa del derecho de propiedad privada, que aunque no es un derecho fundamental, sí se considera uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, y valor esencial de la sociedad a la que éste sirve<sup>76</sup>.

**84.** Siguiendo estos planteamientos, tanto si los perjudicados eran cubanos, como si eran españoles, parece claro que el Tribunal Supremo acierta cuando se pronuncia sobre este punto. La nacionalización es contraria al orden público internacional español debido a la falta de indemnización a favor de los perjudicados. Sin embargo, para verificar la denegación o no de la eficacia extraterritorial de la nacionalización cubana, queda por analizar si, efectivamente, el caso está suficientemente vinculado con España como para dañar dicho orden público.

**85.** Partiendo de la inexistencia de normas que concreten dicho vínculo, se ha entendido como conexión suficiente la situación del bien nacionalizado en el Estado donde se pretende su eficacia extraterritorial<sup>77</sup>. Este es el criterio utilizado por el Tribunal Supremo español en los dos casos que hasta

<sup>71</sup> Vid. T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, pp. 136-139; s. PETREN, *loc. cit.*, nota 44, p.555.

<sup>72</sup> Sobre el diferente tratamiento entre nacionales y no nacionales del Estado nacionalizador, *vid.* T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, pp. 139-142, 251-252.

<sup>73</sup> Vid. M. DOMKE, *loc. cit.*, nota 44, pp. 609-610; s. PETREN, *loc. cit.*, nota 44, p. 556. Sin embargo, otros autores entienden que estos convenios son la manifestación de otra nueva práctica internacional, *vid.* T. HEFTI, *op. cit.*, nota 44, pp. 139-142.

<sup>74</sup> Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, nota 55, pp. 885-886.

<sup>75</sup> Éste está formado por principios, los cuales, pueden extraerse tanto de la Constitución, como de otros cuerpos legales, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 1, pp. 327-357.

<sup>76</sup> No sólo es un pilar fundamental del ordenamiento jurídico español, sino también de los ordenamientos jurídicos europeos, prueba de ello es que es un derecho reconocido, en una forma muy similar a la recogida en la CE, por el art. 1 (Protocolo núm. 1) del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999) y la interpretación que de éste ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el art. 17 de la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* (DOUE C 83/02, 30 de marzo de 2010), incluida en el Tratado de Lisboa por referencia del art. 6 del *Tratado de la Unión Europea*, (DOUE C 83/01, 30 de marzo de 2010).

<sup>77</sup> Vid. I. SEIDL-HOHENVELDERN, *loc. cit.*, nota 49, pp. 126-127.

ahora se le han planteado. En ambos, establece dicha conexión con la localización de la marca, situada en España en virtud de su inscripción en el Registro español de Propiedad Industrial<sup>78</sup>. Ahora bien, la intensidad de dicho vínculo y la rigurosidad con la que se considere el incumplimiento del orden público tienen que ir necesariamente unidas<sup>79</sup>.

**86.** Si aplicamos todo lo hasta aquí expuesto al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, observamos que: a) los perjudicados por el acto de nacionalización en Cuba eran de nacionalidad cubana, devenidos posteriormente estadounidenses; b) en ningún momento, medió compensación por el acto de nacionalización; c) la pretensión del demandante no tiene por objeto reivindicar la propiedad del bien nacionalizado, dato este que difiere de la jurisprudencia existente sobre esta materia en España.

**87.** Por tanto, y una vez planteado el debate jurídico en sus justos términos, los tribunales españoles deberán valorar si, en este caso concreto, procede o no aplicar el orden público internacional de proximidad. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el acto de nacionalización llevado a cabo en Cuba con independencia de la nacionalidad de los perjudicados vulnera el orden público internacional español. Ahora bien, en los dos casos planteados ante el Tribunal Supremo, existía una vinculación con España y, lo más importante, la cuestión principal versaba sobre la propiedad del bien nacionalizado.

**88.** Si bien es cierto que en el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, el bien nacionalizado no está situado en España, no lo es menos que está siendo explotado por una empresa con domicilio en nuestro país. A ello hay que unir que, a diferencia de los dos casos planteados ante el Tribunal Supremo español, la parte actora en ningún caso reivindica la titularidad dominical del bien inmueble que en su día fue objeto de nacionalización. Circunstancias todas ellas, que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de resolver la cuestión previa, que afecta a la acción principal relativa al enriquecimiento injusto.

## V. Conclusiones

**89.** Cuando los Estados recurren al poder legislativo para resolver cuestiones de política exterior, no solo rompen las reglas del juego democrático, sino que al mismo tiempo hacen tambalear las relaciones internacionales. Un claro ejemplo de ello es Título III de la Ley Helms-Burton. La activación del mismo por la Administración Trump en abril de 2019, trata de imponer al resto de los países del mundo, el embargo de EEUU a Cuba, exigiendo a las empresas extranjeras que comercien con dicho Estado una tasa de inversión.

**90.** Para defenderse de los efectos extraterritoriales de una normativa de tal naturaleza, la UE, al igual que otros Estados, han adoptado “normas antídoto”, tendentes a neutralizar los efectos que pudieran derivarse de las futuras demandas que se pudieran ejercitar contra empresas vinculadas con intereses comunitarios. Aunque aún es pronto para valorar las consecuencias de esta guerra transoceánica de Derecho Internacional Privado, resulta decepcionante presenciar la utilización de unas normas cuyo principal objetivo es fomentar las relaciones privadas internacionales y no, las relaciones entre Estados.

**91.** Con este telón de fondo, se plantea ante los tribunales españoles el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. En ningún momento se alude a la aplicación de la Ley Helms-Burton, razón por la que el “Estatuto de Bloqueo UE” queda neutralizado, si bien es cierto, dicho asunto obliga a los tribunales españoles a pronunciarse sobre el acto de nacionalización que tuvo lugar en Cuba a partir del año 1959.

<sup>78</sup> En el asunto “Havana Club”, sin embargo, existían dudas más que razonables para considerar que el caso estuviera suficientemente vinculado con España como para activar el orden público internacional español. *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ/ C. MACHO GÓMEZ, *loc. cit.*, nota 56, pp. 174-175.

<sup>79</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, nota 55, pp. 382-383; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *loc. cit.*, nota 49, p. 128.

**92.** Tras una incorrecta e inapropiada aplicación de la inmunidad de jurisdicción por parte del Juzgado de Primera Instancia de las Islas Baleares, y una vez reconducido el debate de dicho asunto en sus justos términos por la Audiencia Provincial, resta resolver la cuestión previa planteada, centrada en la eficacia internacional de las nacionalizaciones.

**93.** Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre esta materia, no cabe ninguna duda de que el acto en virtud del cual fueron expropiados los terreros actualmente explotados económicamente por Meliá Hoteles, vulnera el orden público internacional español.

**94.** Si se aplicara el orden público internacional de proximidad en el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, tal y como propone la doctrina en tales casos, ello conduciría a primera vista a reconocer eficacia al acto de nacionalización, principalmente porque el bien nacionalizado está situado en Cuba, y no existe ninguna otra vinculación con nuestro país. No obstante, debería tenerse en cuenta que, en este asunto, a diferencia de otros planteados ante los tribunales no solo españoles sino también extranjeros relativos a los actos de nacionalización, la cuestión principal no versa sobre la reivindicación de la propiedad del bien nacionalizado sino sobre el enriquecimiento injustificado. Dato este que tal vez, pudiera dar un giro inesperado a la resolución de este apasionante asunto...

# RESPONSABILIDAD DE LA FILIAL POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA MATRIZ ¿ESTÁ EN JUEGO EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO EUROPEO\*

## LIABILITY OF THE SUBSIDIARY FOR DAMAGES DERIVED FOR ANTITRUST INFRINGEMENTS OF THE PARENT COMPANY IS THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS OF EUROPEAN LAW AT STAKE?

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Valladolid*

Recibido: 10.01.2021 / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5963>

**Resumen:** Una de las cuestiones más controvertidas en relación a la aplicación de las normas de competencia a empresas pluricorporativas es la eventual utilización del principio de unidad económica como vía de extensión de responsabilidad entre las distintas sociedades. Actualmente, asistimos a una nueva inquietud que valora la extensión de responsabilidad aguas abajo, es decir, la posible legitimación pasiva de la filial para soportar el ejercicio de una acción *follow on* por una infracción cometida por su matriz y por la que ella no ha sido sancionada. La cuestión es objeto de un encendido debate doctrinal y judicial entre defensores de una responsabilidad del grupo como tal y posturas más apegadas a las categorías tradicionales de imputación de responsabilidad. El objeto de este trabajo es el examen de dicho debate y la valoración crítica de las diferentes posiciones y argumentos utilizados.

**Palabras clave:** daños, unidad económica, responsabilidad del grupo, matriz, filial.

**Abstract:** One of the most controversial issues in relation to the application of competition rules to multi-corporate companies is the eventual applicability of the principle of economic unity as a means of extending liability between the different companies that comprise it. Currently, we are witnessing a new concern that assesses the extension of downstream liability, that is, the possible passive standing of the subsidiary to support the exercise of a follow-on action for an infringement committed by its parent company and for which it has not been sanctioned. The issue is the subject of a heated doctrinal and judicial debate between defenders of group liability and positions more attached to the traditional categories of attribution of liability. The object of this paper is the examination of said debate and the critical assessment of the different positions and arguments used.

**Keywords:** damages, economic unit, group liability, parent company, subsidiary.

---

\* Este trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto de Investigación: “El impacto de la economía digital en el Derecho de la Competencia y la Distribución: del Big Data al Blockchain”, (RTI2018-094201-B-C22), del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades.

**Sumario:** I. Panorámica: incremento de la aplicación privada y surgimiento de nuevas inquietudes. II. Trascendencia de la existencia de un grupo a efectos de aplicación de las normas de competencia. 1. El origen del problema: el concepto de unidad económica y sus implicaciones. 2. El grupo en el marco civil resarcitorio. A) ¿De dónde venimos? a) La responsabilidad civil de la matriz. b) La responsabilidad de la filial. B) ¿Hacia dónde vamos? *Biogaran* y *Skanska*. a) Caso *Biogaran*. b) Caso *Skanska*. C) ¿Responsabilidad del grupo? Sobre una posible extensión automática de responsabilidad entre matrices y filiales. III. Reflexiones finales... a la espera de la resolución de la cuestión prejudicial.

## I. Panorámica: incremento de la aplicación privada y surgimiento de nuevas inquietudes

1. El proceso europeo de fomento de la aplicación privada del Derecho de la competencia, o, más concretamente, del ejercicio de acciones resarcitorias por los daños derivados de ilícitos competitivos iniciado veinte años atrás, parece estar empezando a dar sus frutos. La aprobación y transposición de la Directiva de daños<sup>1</sup> en los Estados miembros y el incremento en la sanción de determinados cárteles por parte de la Comisión europea de extensión global y gran trascendencia económica, ha conducido a una proliferación de las acciones de daños, fundamentalmente de seguimiento o *follow-on*, que se ha manifestado no solo en el creciente número de casos, sino en la extensión territorial de los mismos. Si tradicionalmente, las acciones resarcitorias se habían concentrado en Reino Unido, Holanda y Alemania, en los últimos años, en otros Estados miembros se ha producido un incremento muy significativo de casos<sup>2</sup>.

2. En España, la aplicación privada del Derecho de la competencia ha sido, hasta fechas muy recientes, por razones normativas, pero también por la ausencia de una cultura social sobre los daños derivados de ilícitos anticompetitivos, prácticamente inexistente. De hecho, la inadecuada regulación prevista en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 determinó que las escasas pretensiones resarcitorias se plantearan al amparo de la Ley de Competencia Desleal de 1991. No obstante, en los últimos trece años, en paralelo al despegue del *private enforcement* europeo, se han venido produciendo una serie de modificaciones legislativas importantes que han favorecido un aumento significativo de las acciones de resarcimiento por lo daños causados por prácticas anticompetitivas<sup>3</sup>. En este momento, los

<sup>1</sup> 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 demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea*, La Directiva fijaba como plazo máximo para su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales, el 27 de diciembre de 2016. En España, tras una primera propuesta de ley de transposición de la Directiva (en adelante, PLTD) de 15 de enero de 2016, que desapareció completamente de la agenda parlamentaria, la transposición se llevó a cabo, con varios meses de retraso, mediante un Real Decreto de alcance general, Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, *por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores* (en adelante, RD).

<sup>2</sup> Vid., para un análisis de la evolución en el ejercicio de las acciones de seguimiento o *follow-on* en la Unión Europea desde 2000 hasta 2018, K. SAILER, *Update on the development of follow-on damages claims*, en [www.econ-da.com](http://www.econ-da.com). Para un análisis comparativo de la implementación de la Directiva en los distintos Estados miembros, vid. SOUSA FERRO/MARCOS/RODGER, *The EU Antitrust Directive. Transposition in Member States*, Oxford University Press, 2018.

<sup>3</sup> Sobre la evolución de la aplicación privada en España, vid. *inter alia*, F. MARCOS, "La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles", *Información Comercial Española*, ICE, núm.876, 2014, pp. 133 y ss.; IDEM: "Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)", *Global Competition Law Review*, vol. 182 (4), 2013, pp. 167 y ss.; DIÉZ ESTELLA/ESTRADA MERAY: "Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 15, 2014, pp. 189 y ss.; P. YANES YANES, "Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de siglo?", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 9, 2011, pp. 133 y ss.; H. BROKELMANN: "La Directiva de daños y su transposición en España", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015; I. SANCHO GARGALLO: "Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia", *Indret*, núm.1, 2009, pp. 14 y ss.; SOPEÑA/MARTÍN, "La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, 16, 2016, pp. 4 y ss.; A. TOBÍO RIVAS: "La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito antitrust: transposición de la Directiva 2014/104/UE", *ADI*, 37, 2016-2017, pp. 83 y ss.

tribunales nacionales se enfrentan a una litigiosidad creciente por el ejercicio de acciones para la compensación de los daños causados por prácticas anticompetitivas. Si bien estas conductas se han proyectado en diversos sectores económicos (seguros, industrias lácteas, sobres electorales...<sup>4</sup>), sin duda, uno de los casos de mayor impacto económico y mediático de los últimos cuatro años lo constituye el conocido como “cártel de los camiones”. Recordemos que, en julio de 2016, la Comisión sancionó a cinco fabricantes de camiones: MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y Daf, y un año más tarde a Scania, por coordinar los precios de los camiones de pesos medio y pesado y la manera de repercutir los costes para cumplir con los estándares medioambientales<sup>5</sup>. Las reclamaciones por los daños derivados de este cártel han alcanzado una dimensión y unas cifras hasta el momento, desconocidas en el marco de la aplicación privada del Derecho de la competencia en España, hasta el punto de que, con más de 3000 demandas planteadas cabe hablar de litigación masiva. Prácticamente, todos los juzgados mercantiles nacionales están conociendo, o han conocido, de acciones derivadas de este cartel<sup>6</sup>.

3. Este incremento de acciones resarcitorias, ha puesto de manifiesto la complejidad de algunas de las cuestiones que pueden plantearse en estos procedimientos, que afectan desde la determinación de la jurisdicción competente y derecho aplicable a determinados aspectos procesales (notificaciones, costas, acceso a pruebas, etc.) y sustantivos (naturaleza solidaria o fragmentaria de la deuda, viabilidad del argumento de repercusión de costes o *passing-on*, prescripción de la acción, problemas asociados a la cuantificación del daño...). Junto a los problemas clásicos, el aumento de casos ha originado el nacimiento de nuevas inquietudes, despertando el interés doctrinal y jurisprudencial sobre cuestiones que, hasta el momento, habían recibido poca o ninguna atención en la práctica. Algunas de estas se articulan en torno a la legitimación, tanto activa, con problemas asociados, por ejemplo, a la cesión por parte de las víctimas del derecho al resarcimiento, como pasiva, en relación a la delimitación del círculo de posibles demandados. Especialmente problemática se revela la integración subjetiva de la *litis* en el caso de los grupos de sociedades. En este terreno, están apareciendo nuevos perfiles o facetas de un debate ya antiguo que tiene su origen en el concepto de empresa destinataria de las prohibiciones de comportamientos anticompetitivos, utilizado en los Tratados -y reproducido en los ordenamientos jurídicos nacionales- como “unidad económica independiente”. Esta noción de naturaleza económica ha de ser encajada en los moldes que delimitan la personalidad jurídica en los distintos Estados miembros y conciliada con los principios nacionales de separación corporativa y responsabilidad personal.

4. Una de las cuestiones más controvertidas en relación a la aplicación de las normas de competencia a empresas pluricorporativas es la eventual aplicabilidad del principio de unidad económica como vía de extensión de responsabilidad entre las distintas sociedades o corporaciones que lo integran. Planteada inicialmente en el marco del Derecho administrativo sancionador, la discusión se ha trasladado al ámbito del ejercicio de acciones resarcitorias y, hasta muy recientemente, se ha centrado en su viabilidad para fundamentar una posible extensión de responsabilidad de la filial a la matriz. Ahora se está planteando una nueva inquietud, que valora la extensión de responsabilidad aguas abajo, es decir, la posible legitimación pasiva de la filial para soportar el ejercicio de una acción *follow on* por una infracción anticompetitiva cometida por su matriz y por la que ella no ha sido sancionada.

5. En principio, parece que, el interés principal de los afectados o víctimas de un cartel residiría en la posibilidad de acceder a la matriz, es decir, en intentar responsabilizarla por los actos de la filial, accediendo así a un patrimonio, y a unas posibilidades de resarcimiento, presuntamente mayores (*deep pockets*). ¿Por qué puede revestir interés la situación inversa, es decir, extender a la filial la responsabili-

<sup>4</sup> Vid. F. MARCOS, “Antitrusts Damages’ claims in Spain”, 2020, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3728742](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3728742).

<sup>5</sup> Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, At. 39824, *Trucks*.

<sup>6</sup> Vid. F. MARCOS, “El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones (2018)” e IDEM: “¿Cuántas víctimas del cártel de los fabricantes de camiones hay en España? (2019)”, disponibles en <https://almacendederecho.org>.

dad por los actos ilícitos de sus matrices? Si bien se han alegado diversas razones<sup>7</sup>, a nuestro juicio, esta extensión aguas abajo tiene interés, fundamentalmente a efectos procesales. La dirección de la acción contra la empresa filial, puede considerarse, concretamente, como mecanismo de selección de una determinada jurisdicción para entablar las acciones de daños, ya sea porque se considera que ésta puede ser más favorable para la estimación de las pretensiones resarcitorias (caso *Provimi*<sup>8</sup> que tendremos ocasión de analizar posteriormente) o bien, como forma de abaratamiento de los costes del proceso (por ejemplo, de los gastos de traducción de notificaciones y demandas, necesarias en los casos en que las demandadas tengan su domicilio social en el extranjero<sup>9</sup>).

6. Esta preocupación no es meramente teórica y encontramos numerosos ejemplos en la práctica. Las acciones derivadas del cartel de los camiones son buena muestra, ya que existen multitud de pretensiones resarcitorias por parte de los distintos afectados dirigidas, tanto contra los seis fabricantes sancionados por la Comisión, como contra las filiales españolas encargadas de la distribución de los vehículos e incluso, contra sus proveedores de servicios financieros. Planteada inicialmente la cuestión en procedimientos previos de acceso a pruebas o información, numerosos pronunciamientos judiciales abordan de manera directa la trascendencia de la existencia de un grupo a efectos de legitimación pasiva con resultados contradictorios. La cuestión debatida no es pacífica entre los Juzgados de lo Mercantil que se han pronunciado sobre esta problemática en situaciones análogas, de manera que algunos de ellos aprecian la falta de legitimación y otros, por el contrario sostienen que cabe extender a la filial la responsabilidad por la conducta de la matriz. A día de hoy, no obstante, la línea judicial mayoritaria parece ser la primera ya que diversos pronunciamientos en primera instancia que reconocían la legitimación pasiva de la filial han sido revocados en apelación. Precisamente, la falta de legitimación pasiva del demandado constituye hasta la fecha el principal motivo de desestimación de las reclamaciones de daños<sup>10</sup>. De hecho, la dificultad que entraña, la falta de respuestas contundentes y unánimes y la inexistencia de una línea de razonamiento uniforme han determinado que la controversia en torno a la posibilidad de demandar civilmente a una filial no sancionada por las infracciones cometidas por su matriz haya sido

---

<sup>7</sup> En este sentido, C. KERSTING propone una serie de razones -débiles a nuestro juicio- por las que puede revestir interés la posibilidad de extender la responsabilidad de matriz a filial o a otra sociedad hermana (*sister company*). Entre ellas, garantizar el acceso de los acreedores de la sociedad matriz a todos los activos de las sociedades filiales y equiparar su posición con la de los propios acreedores de estas “ya que si no, se encontrarían en una situación de desventaja, especialmente en los casos en los que la matriz no es la única propietaria de la filial”. No entendemos bien este argumento, que parece desconocer, que, precisamente la división de activos es una de las principales finalidades perseguidas con la creación de un grupo de sociedades y, por lo tanto, la diferenciación de acreedores de unas y otras sociedades. Tampoco consideramos relevantes otras posibles justificaciones como la trascendencia de la extensión de responsabilidad a la filial en relación a una posible desinversión de estas empresas. ¿La responsabilidad con arreglo al Derecho de la competencia influirá significativamente en el precio de compra o requerirá la fijación de previsiones en los acuerdos de venta y compra respectivamente? o, la referencia a situaciones claramente puntuales o excepcionales, como que una filial inocente haya sido demandada por error, por ejemplo, debido a un cambio de nombre en el grupo, y la acción contra la filial infractora haya prescrito mientras. Vid. C. KERSTING, “Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law”, 2019, p. 7.

<sup>8</sup> *Provimi Ltd v Aventis Animal Nutrition SA and others*, 2002/470, High Court 2003, 2 All ER 683.

<sup>9</sup> En el ámbito intracomunitario, las cuestiones relativas al idioma en el que ha de ser redactada la demanda y otros documentos judiciales o extrajudiciales se contemplan en el artículo 8 del *Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil*. En primer lugar, los documentos se notifican mediante una serie de formularios o anexos formales recogidos en el Reglamento, esta solicitud de notificación debe redactarse en la lengua oficial del Estado miembro requerido. Por lo que a los documentos a notificar se refiere, no deben ser objeto de legalización o trámite equivalente, pero sí deben remitirse traducidos a la lengua oficial del Estado miembro requerido o bien a una lengua que el destinatario entienda. Finalmente, en relación a la traducción de los anexos a la demanda u otros documentos, (*ad.ex.* informe pericial) el TJUE en su Sentencia de 8 de mayo de 2008, en el caso *Michael Weiss*, ha indicado que el destinatario de un escrito de demanda que debe notificarse o trasladarse no tiene derecho a negarse a aceptar dicho documento, siempre que éste coloque al destinatario en condiciones de hacer valer sus derechos en el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen, y ello a pesar de que los anexos constituidos por documentos acreditativos no estén redactados en la lengua del Estado miembro requerido, pero tengan una función meramente probatoria y no resulten indispensables para comprender el objeto y causa de la demanda.

<sup>10</sup> Vid. F. MARCOS, “Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *RCD*, núm. 26, 2020.

planteada como cuestión prejudicial ante el TJUE, por la Sección 15ª de la AP de Barcelona mediante un Auto de 24 de octubre de 2019.

7. A la espera de que el TJUE se pronuncie, sí es cierto que en pronunciamientos recientes, como el caso *Skanska*<sup>11</sup>, que tendremos ocasión de examinar más adelante, se observa una línea aperturista, tendente a extender la competencia comunitaria en materia de aplicación privada. Pese a ello, la posición del Tribunal dista de ser clara y unívoca, por el contrario, en atención a las aguas pantanosas en las que se mueve, que afectan a principios cuya delimitación, a día de hoy, corresponde a los Estados miembros, como el principio de separación corporativa o de responsabilidad personal, la postura defendida en materia de extensión de responsabilidad (tanto civil como administrativa) es, a nuestro juicio, deliberadamente ambigua y, consiguientemente, confusa.

8. También en el ámbito doctrinal, asistimos a un encarecido debate con posiciones enfrentadas. Frente a los defensores de interpretaciones restrictivas, más apegadas a los principios generales nacionales en materia de responsabilidad y del derecho de grupos, existen otras que instan a superar las categorías tradicionales de imputación de la responsabilidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia y que, en su planteamiento más ambicioso, extienden la responsabilidad a todas las sociedades integrantes del grupo, rechazando la trascendencia de la existencia de personalidades jurídicas independientes -reconocidas por las normativas internas- dentro del grupo. Sobre la base de la aplicación de la doctrina de la unidad económica y la eficacia del Derecho comunitario se sostiene la imputación automática de las acciones de cualquiera de las entidades que forman el grupo a todas las otras sociedades integrantes que formen una única empresa con arreglo al artículo 101 TFUE.

9. El objetivo de este trabajo es, precisamente, introducirnos en este debate que se proyecta sobre normas y principios procesales y civiles no armonizados, analizando los intereses afectados y los argumentos utilizados en apoyo de las distintas posiciones y proponiendo una solución que los concilie. A efectos de enmarcar esta cuestión y los problemas que plantea, es conveniente revisar de forma muy somera la trascendencia que, desde la perspectiva del Derecho de la competencia puede tener la existencia de un grupo de sociedades, con especial atención en lo que ha sido hasta el momento -y se prevé será, su papel en el marco de la aplicación privada de las normas de competencia.

## II. Trascendencia de la existencia de un grupo a efectos de aplicación de las normas de competencia

### 1. El origen del problema: el concepto de unidad económica y sus implicaciones

10. En numerosas ocasiones, las sociedades no operan en el mercado de forma aislada o autónoma, sino integrándose en entidades más complejas en el seno de las cuales se adoptan las decisiones económicas, es decir, en grupos. Los grupos constituyen una estrategia de racionalización organizativa de la empresa en mercados extensos y complejos, que facilita la diversificación de riesgos, la especialización de actividades y la adopción de formas de organización flexibles y descentralizadas. Se trata ésta de una fenomenología dentro de las vinculaciones empresariales, caracterizada por la existencia de sociedades jurídicamente independientes que se agrupan bajo una dirección económica unitaria. Así pues, las sociedades que forman parte del grupo conservan su propia independencia jurídica, desde una perspectiva organizativa y patrimonial, pero actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa<sup>12</sup>. Estas características están especialmente presentes en los denominados grupos de subordinación, en

<sup>11</sup> STJUE 14 marzo 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros*, ECLI:EU:C:2019:204.

<sup>12</sup> Vid. C. PAZ ARES, "Uniones de empresas y grupos de sociedades", en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 1334-1335.

el que las diversas sociedades se hallan sometidas a una dirección única de la sociedad (matriz) que se considera dominante sobre las restantes sociedades (dependientes o filiales), que pierden o limitan así su autonomía organizativa y patrimonial<sup>13</sup>.

**11.** Precisamente, la existencia de una unidad económica entre las entidades que actúan en el mercado determina que, en determinadas ocasiones excepcionales, la independencia entre ellas ceda en atención a dicha vinculación y que, la separación formal pierda su trascendencia también desde una perspectiva jurídica.

**12.** Las implicaciones, tanto sustantivas como procesales, que pueden derivarse de la aplicación de este principio de unidad económica son de muy diversa naturaleza, en función de cuáles sean los concretos efectos jurídicos anudados a la consideración de una única unidad económica. En este sentido, puede ser utilizado para imputar a las sociedades del grupo (matrices o filiales) responsabilidad por las conductas cometidas por otras sociedades integrantes del mismo (corresponsabilidad o extensión de la responsabilidad). Igualmente, puede servir de base para descartar la aplicación de normas cuya ratio ontológica exige precisamente, la separación económica y no la mera separación jurídico-formal<sup>14</sup>

**13.** En el marco del Derecho de la competencia también se ha planteado, principalmente en lo que se refiere a su aplicación en sede administrativa, la necesidad de tomar en consideración los efectos jurídicos que pueden derivarse de la pertenencia de una sociedad a una “unidad económica”. Así, los destinatarios de las prohibiciones de acuerdos restrictivos y prácticas abusivas son las “empresas”, noción que, tal y como resulta de la práctica de la Comisión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia requiere la concurrencia de dos elementos: realización de una actividad económica en el mercado y autonomía o independencia económica<sup>15</sup>. Este segundo requisito, base de la teoría o doctrina de la unidad económica (*single economic entity*), con arreglo a la cual el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta esté constituida por varias personas jurídicas tiene, precisamente, entre sus proyecciones más importantes, los grupos de sociedades. En este sentido, la aplicación de esta teoría, determinará, pese a que la existencia de los grupos de sociedades no se encontrara prevista expresamente en los Tratados, su entrada en la aplicación de la normas de competencia, obteniendo diferentes respuestas en función de cuáles sean los intereses tutelados por la normativa concurrencial.

**14.** En primer lugar, la presencia de una única unidad económica, ha sido utilizada como “escudo” para proteger actividades intracorporativas de injerencias innecesarias del Derecho de la competencia. En este sentido, la presencia de un grupo se tiene en cuenta a los efectos de apreciación de la existencia o no de una infracción. Se trata del conocido como *privilegio de grupo* que determina la inaplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia a los celebrados entre los miembros de un grupo empresarial. Es un supuesto, como indicábamos anteriormente, determinado por la propia ratio ontológica o finalidad de la norma. Dicha prohibición requiere como presupuesto de hecho la separación económica entre las distintas entidades que coluden, de tal modo que si no existe independencia económica entre matrices y filiales no puede aplicarse la norma. Los acuerdos entre enti-

---

<sup>13</sup> Si bien es cierto que el elemento definitorio del grupo es la existencia de una unidad de decisión económica, con la centralización de determinadas políticas como la financiera, en la práctica, el grado de autonomía e independencia de las filiales puede variar enormemente, existiendo grupos más o menos centralizados en función del campo de libertad concedido en otras políticas empresariales, como la comercial. Vid. J. GUTIÉRREZ GILSANZ, “La responsabilidad de la matriz por las infracciones de Derecho de la competencia cometidas por sus filiales”, *RDM*, núm. 242, 2014, pp. 284-285.

<sup>14</sup> La doctrina recoge entre estos supuestos la inaplicación de las reglas de tercería cambiaría en los casos en los que el título es transmitido por la matriz a su filial –excepción de tráfico-. Vid. C. PAZ ARES: “El sistema de las excepciones cambiarias”, *RDM*, núm. 178, 1985; J. ALFARO: “Lecciones. Personalidad jurídica y levantamiento del velo (i)”, 2015, en <https://almacenederecho.org>.

<sup>15</sup> Vid. *in extenso*, A. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust europeo. Tomo I. Parte general. La competencia*, Colex, Madrid, 2009, pp. 171 y ss.

dades formalmente diferenciadas pero económicamente dependientes serían meros acuerdos internos de organización empresarial y reparto de funciones dentro de una misma empresa<sup>16</sup>.

15. Pero las autoridades de competencia también han recurrido a la unidad económica como “espada”, para eliminar los velos corporativos determinados por los derechos nacionales<sup>17</sup>. Así, en primer lugar, como mecanismo de cómputo, la pertenencia de una sociedad a un grupo, también ha sido tenida en cuenta para determinar el volumen de negocios relevante a efectos de aplicación de diversos parámetros del Derecho de la competencia, mediante la *suma de las magnitudes* de las distintas entidades integrantes del grupo. La finalidad perseguida en estos casos es la **determinación del poder real de mercado** de un grupo de entidades formalmente diferenciadas pero sujetas a una única voluntad económica. La necesidad de ponderar este poder de mercado real se plantea en sede de control de concentraciones, abuso de posición dominante y en el ámbito de determinación o cálculo de sanciones<sup>18</sup>.

16. Finalmente, en su manifestación más controvertida, el principio de unidad económica se ha utilizado por la Comisión y los Tribunales europeos **como fundamento de extensión de responsabilidad entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo**. Más concretamente, el recurso a la doctrina de la unidad económica ha servido para articular una suerte de **responsabilidad parental** (*parental liability*) que determina la imputación a la sociedad matriz de un acto anticompetitivo realizado por la sociedad filial. La legislación comunitaria no contenía norma alguna en la que se estableciera dicha responsabilidad<sup>19</sup>. Sin embargo, esta posibilidad surge, a partir de la aplicación por parte de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de las prohibiciones contenidas en los actuales arts. 101 y 102 TFUE con arreglo a unas líneas argumentales no exentas de altibajos, que han desatado fuertes críticas doctrinales<sup>20</sup>.

17. Se imputan los actos de una entidad a otra jurídicamente independiente que no los ha realizado, esto es, que no ha cumplido directamente, alguno o ninguno de los elementos del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias se le imputan. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria de las infracciones de la normativa de competencia es solidariamente responsable, en el caso de los grupos de sociedades, tanto la filial infractora como su matriz aunque ésta no hubiera participado en el ilícito competitivo.

18. Para ello, tradicionalmente lo relevante y, por consiguiente, lo que, en principio, debía acreditarse es que la matriz había ejercido una *influencia determinante* en el comportamiento desarrollado por la filial en el mercado. Posteriormente, la Comisión y el Tribunal de Justicia darán un paso más presumiendo la existencia de dicha influencia en aquellos casos en los que la matriz es titular del 100%

<sup>16</sup> Vid. *in extenso*, J. I. RUIZ PERIS, *El privilegio del grupo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>17</sup> Vid. B. CORTESE, “Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability”, *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, *Law International*, 2014, pp. 74 y ss.

<sup>18</sup> La Directiva (UE) 2019/1 de 11 de diciembre de 2018, *encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior*, establece en su artículo 13.5, la obligación de los Estados miembros de asegurar que se aplique el concepto de empresa a efectos de imponer multas a sociedades matrices y a sucesores legales y económicos de empresas. La Directiva busca así armonizar esta solución, eliminando la reticencia de algunos tribunales nacionales a extender la responsabilidad por las infracciones de las normas de competencia (nacionales pero también europeas) cometidas por las filiales a las matrices. Vid. RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS: “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust damages directive in sixteen member States”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, XX (X), 2019, p.3.

<sup>19</sup> Esta “responsabilidad parental” sí se encuentra expresamente prevista en la legislación española, que recoge en el artículo 61.2 LDC, con una redacción ciertamente poco afortunada, “la imputabilidad de la actuación de una empresa (¿persona?) a las empresas (¿?) o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

<sup>20</sup> Vid. *inter alia*, J. ALFARO/P. LIÑÁN, “Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 43, 2012, pp. 229; B. CORTESE, “Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability”, *cit.*; S. THOMAS, “Guilty of a Fault that one has not Committed .The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2626057>.

del capital de la filial o de un porcentaje similar o controla el 100% de los derechos de voto<sup>21</sup>. De este modo, será a la sociedad matriz a quien corresponderá acreditar que no ha influido en la práctica anti-competitiva llevada a cabo por la filial infractora para quedar exonerada de responsabilidad. Presunción que en la práctica es casi imposible desvirtuar, dando lugar así, en estos casos y a pesar de la reticencia de Comisión y Tribunal a reconocerlo, a una suerte de responsabilidad objetiva de la matriz. Se hace responder a la matriz en base a su participación accionarial, es decir, a criterios meramente estructurales, con independencia de su efectiva implicación o no en la conducta anticompetitiva de la filial.

**19.** Compartimos las críticas sobre la inconsistencia de este razonamiento, el recurso a la “unidad económica” y a la “empresa” como mecanismo automático (y objetivo) de extensión de responsabilidad constituye una interpretación forzada del Tratado<sup>22</sup> y tiene mal acomodo con los principios generales de imputación de responsabilidad, no encontrándose justificado, a nuestro juicio, por el principio de efectividad y efecto útil del Derecho comunitario. Por supuesto que puede ser importante, en aras a esa efectividad que la sanción alcance a la sociedad más solvente, previniéndose el traspaso patrimonial entre sociedades para no hacer frente al pago de las multas y garantizándose el efecto disuasorio de las prohibiciones. No es que no quepa la posibilidad de hacer responder a una sociedad, en este caso la matriz, por el comportamiento de otra sociedad del grupo, el problema es el camino seguido para llegar a esta consecuencia, que excede principios, por el momento, infranqueables (a menos que el legislador comunitario intervenga).

**20.** De hecho, este mismo resultado puede lograrse en aplicación de los principios y reglas clásicas de imputación de responsabilidad. Estos supuestos de imputación de responsabilidad a la sociedad matriz por conductas en las que no ha participado se fundamentan en la idea de control pero, para que pueda imputarse a la matriz responsabilidad por la conducta ilícita de su filial, y en respeto a los principios de culpabilidad y responsabilidad personal- no basta con que ambas pertenezcan al mismo grupo, sino que es necesario un comportamiento culpable o negligente de la matriz, una vinculación de la matriz con los hechos imputados a la sociedad filial. En este sentido, la matriz puede responder cuando hubiere participado en la conducta anticompetitiva de que se trate, bien directamente o bien indirectamente, impartiendo instrucciones o condicionando de cualquier otro modo el comportamiento de la filial en el mercado. La imputación se justifica en la falta de autonomía de la entidad filial o dependiente que actúa siguiendo las instrucciones de la matriz. Esta dependencia permite deslindar así, autoría del hecho ilícito y responsabilidad por el mismo, debiendo imputarse éste no sólo al autor material sino al autor “intelectual”.

**21.** Si no ha participado directamente, ni ha condicionado el comportamiento de la filial en el mercado, que ha actuado de manera totalmente autónoma, podría ser declarada responsable si se considera que ha infringido un deber de cuidado, que le obliga a garantizar un desarrollo ordenado y respetuoso con la ley de la actividad relativa al tráfico de empresas. Es decir, sería una suerte de responsabilidad *in vigilando*, también denominada organizativa o empresarial. La matriz respondería así cuando conociendo –o debiendo haber conocido- la conducta anticompetitiva de la filial no haya tomado las medidas necesarias para evitar que pusiera en práctica dicha conducta (importancia de los programas de *compliance*) o que continuara desarrollándola.

<sup>21</sup> Vid. STJUE de 27 de enero de 2021, Goldamn Sachs v. Comisión, Asunto C-595/18.

<sup>22</sup> C. CAUFMANN, “Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law by Their Subsidiaries”, 2019, disponible en <https://ssrn.com/abstract/143331083>, habla de utilización “esquizofrénica” del término empresa, dado que: la infracción es cometida por una empresa que no coincide necesariamente con una persona jurídica (o natural), pero, no obstante, la conducta infractora ha de imputarse una o más personas jurídicas (o naturales) a efectos de exigibilidad de la multa y comunicación del pliego de cargos. De hecho, primero se examina si la entidad, por ejemplo una persona jurídica directamente involucrada en la infracción, forma parte de una empresa. Si es así, la empresa es responsable de la infracción. Posteriormente, la infracción se atribuye a una o más personas jurídicas, a menudo la persona jurídica infractora y la entidad paraguas (matriz). La imputación a la entidad jurídica paraguas es posible si forma parte del misma empresa que la entidad infractora. El criterio para el vínculo entre, por un lado, la infracción y la empresa y, por otro lado, la empresa y el destinatario del pliego de cargos y la multa es siempre ser “parte de la misma empresa”.

## 2. El grupo en el marco civil resarcitorio

### A) ¿De dónde venimos?

#### a) La responsabilidad civil de la matriz

**22.** Por lo que a la **aplicación privada** de las normas de Derecho de la competencia se refiere y, particularmente, en relación al ejercicio de acciones resarcitorias derivadas de ilícitos *antitrust*, la pertenencia de la entidad infractora a un grupo de sociedades ha sido una cuestión discutida entre bambalinas<sup>23</sup>. De hecho, el principio de unidad económica a efectos de determinación del alcance subjetivo de la responsabilidad civil no se ha tenido en cuenta de manera específica en la Directiva de daños. El artículo 1 se limita a establecer que: “cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una **empresa o una asociación de empresas** pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la **empresa o asociación**”, pero no indica contra que personas legales o jurídicas puede entablarse dicha acción. En su considerando 11, la Directiva abre la puerta a que, en aras a la competencia compartida reconocida ya en el caso *Manfredi*<sup>24</sup>, un Estado pueda aplicar sus normas nacionales sobre imputabilidad, adecuación o culpabilidad, siempre que estas se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la propia Directiva.

**23.** La mayoría de los Estados miembros han optado por no incluir expresamente en sus propuestas de transposición la responsabilidad civil de la matriz por las conductas ilícitas de sus filiales (así, Alemania, Irlanda, Italia y Finlandia), o, a lo sumo, reproduciendo en sus normas internas la intencionada vaguedad de la Directiva, se limitan a señalar la responsabilidad de la “empresa” infractora, y dejan en manos de los jueces y tribunales nacionales la concreción de su alcance y la determinación del alcance subjetivo de la responsabilidad (así, Holanda, Bélgica, Luxemburgo)<sup>25</sup>.

**24.** No obstante, otros países como Portugal<sup>26</sup> o España sí que han ido en este punto más allá de lo exigido por la Directiva y han establecido expresamente un régimen de comunicación de responsabilidad de filial a matriz de forma paralela al descrito en el ámbito administrativo que resultarían así alineados. En el caso español, esta responsabilidad (exclusivamente) parental se contempla en el nuevo artículo 71.2 de la LDC, que, con cierta imprecisión terminológica, establece que (...) “la actuación de una **empresa** es también imputable a las **empresas o personas** que la controlan, “excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

<sup>23</sup> Pese a la existencia de algunos pronunciamientos pre-Directiva del TJUE en el marco de acciones de resarcimiento derivadas de los daños causados por el cártel de los ascensores, no se deduce de ellos una posición clara respecto a la imputación de responsabilidad civil entre las sociedades pertenecientes a un grupo (STJUE, de 3 de septiembre de 2009, *Papierfabrik August Koehler AG, Bolloré SA, Distribuidora Vizcaína de Papeles, S.L./Comisión*, Asuntos C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P; STJUE de 18 de julio de 2013, *Schindler Holding y otros/Comisión*, Asunto C-501/11). Vid., un comentario de estas sentencias, en CAUFMANN, *cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>24</sup> Sentencia TJ de 13 de julio de 2006 (C-295/04 a C-298/04), *Manfredi*, 62. “Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

<sup>25</sup> Vid. RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS: “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust damages directive in sixteen member States”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, XX (X), 2019, pp.3-4; C. CAUFFMAN: “Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law by Their Subsidiaries”, *cit.*

<sup>26</sup> Vid. M. SOUSA FERRO, “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States – Portugal” en SOUSA FERRO/MARCOS/RODGER, *The EU Antitrust Directive. Transposition in Member States*, Oxford University Press, 2018.

25. Obviamente, con anterioridad al reconocimiento expreso de extensión de responsabilidad de la matriz a la filial previsto en la normativa de transposición, el principio de unidad económica reconocido a nivel administrativo tenía una trascendencia indirecta en los procesos civiles, ya que su aplicación para determinar los sujetos responsables de la infracción de competencia en el procedimiento administrativo, facilitaba el ejercicio de una posterior acción de seguimiento o *follow-on* contra todas las empresas (matrices o filiales) que hubieran sido consideradas infractoras por la autoridad de competencia, en aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC (ya se tratará de culpa *in operando* o *in vigilando*). En el caso de que no existiera esa decisión administrativa previa, la determinación de la responsabilidad civil de la matriz por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales, debía a nuestro juicio determinarse con arreglo a los mismos criterios que exigen una participación (directa o indirecta) de la matriz en la conducta o la infracción de un deber de cuidado o control.

26. Ante la ausencia de una disposición legal *ad hoc*, los tribunales de los Estados miembros de la UE se ha pronunciado en diversos sentidos. Así, *ad ex.*, en Alemania, decisiones del LG Berlín y del LG Düsseldorf han sido contrarias al reconocimiento de una responsabilidad civil del grupo de sociedades por infracción de las normas del Derecho de la competencia<sup>27</sup>; mientras que los tribunales ingleses<sup>28</sup> y austríacos<sup>29</sup> han sido favorables a la posibilidad de responsabilizar a la sociedad matriz por los actos anticompetitivos realizados por las filiales del grupo.

#### b) La responsabilidad de la filial

27. Más compleja resulta la posibilidad de un **levantamiento del velo inverso o de una extensión de la responsabilidad aguas abajo**, es decir, de hacer responder a la filial de las actuaciones ilícitas realizadas por su sociedad matriz. La traslación de responsabilidad de la matriz a la filial suele apoyarse en la idea de que esta, al formar parte de la misma unidad económica, es instrumentalizada por la matriz para ejecutar y desarrollar la conducta anticompetitiva. La responsabilidad de la filial podría encajar en los moldes propios de la cooperación o contribución al daño, es decir, la responsabilidad se basa en un hecho propio consistente en haber contribuido a la infracción directa realizada por un tercero. Así, en principio, podría incurrir en responsabilidad contributiva si, con conocimiento o posibilidad de conocimiento de la actividad infractora induce, causa o contribuye materialmente a dicha conducta.

28. Esta situación no está contemplada en la normativa europea ni ha sido planteada tampoco en la práctica decisonal de la Comisión o del TJUE. Tampoco se prevé en las legislaciones nacionales de trasposición de la Directiva que, como hemos visto, a lo sumo se limitan a reconocer una suerte de responsabilidad parental o aguas arriba<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Sentencia LG Berlin 6 agosto 2013, 16 O 193/11; sentencia LG Düsseldorf 8 septiembre 2016, 37 O 27/11 (Kart), *WuW*, 2017, p. 106 - Fahrtreppenkartell.

<sup>28</sup> *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated & ors*, Case No. 1241/5/7/15(T), 2016.

<sup>29</sup> Auto ÖOGH 2 agosto 2012, 4 Ob 46/12 m, *WuW*, 2013, 313, § 7.4 - Debitkarten.

<sup>30</sup> La posibilidad de imputación de responsabilidad a la filial por las prácticas ilícitas de la matriz sí se ha contemplando en **otros ámbitos de ejercicio de acciones de responsabilidad civil extracontractual**. Así, por ejemplo, en la Sentencia del TS de 4 de abril de 2016, en el caso *Google*, así como en algunos pronunciamientos de tribunales inferiores se contemplan determinados supuestos en los que se ha reconocido la corresponsabilidad de la empresa filial por las conductas de su matriz y, por tanto, su legitimación pasiva en un proceso civil resarcitorio. En el primer caso la Sala de lo Civil del TS confirma la legitimación pasiva de Google Spain, filial española de la sociedad norteamericana Google, Inc., en el marco de un proceso civil de protección de derechos fundamentales. El Tribunal defiende la responsabilidad de la filial en el tratamiento de los datos contenidos en el buscador. Concretamente, considera que la actividad publicitaria que la filial española tenía encomendada está intrínsecamente vinculada con la actividad de gestión del motor de búsqueda realizada por la matriz, de tal modo que se puede concluir que ambas pueden ser consideradas como responsables del tratamiento de datos personales y, por tanto, la filial está legitimada para ser parte demandada en los litigios seguidos en España. Finalmente, el Tribunal en apoyo del reconocimiento de legitimación pasiva, recurre a otros argumentos desligados de la naturaleza de la actividad realizada por cada una de las empresas del grupo y centrados en la efectividad de las normas europeas y nacionales sobre protección de datos articuladas en tutela de los derechos fundamentales (en este caso, derecho al intimidad y al honor) y en la limitada capacidad de reacción

## 29. Sí vamos a encontrar algunos ejemplos en la práctica de los Estados miembros.

30. En este sentido, los **tribunales franceses** han valorado, en el caso *JCB Service*, la posibilidad de que se declare responsables civilmente de los daños causados por una práctica colusoria a filiales no condenadas por la infracción. La Comisión sancionó a la sociedad inglesa, JBS Service Ltd., por infringir las disposiciones del art. 101 TFUE mediante la conclusión con los concesionarios de acuerdos de compartimentación de los mercados nacionales. o prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia dentro del Mercado común con el fin de compartimentar los mercados nacionales. La sociedad francesa Central Parts demandó por daños y perjuicios a la matriz, única sociedad condenada por la Comisión, y a dos de sus filiales, que respondieron alegando su falta de legitimación pasiva. La sentencia de la Cour de cassation de 6 de octubre de 2015<sup>31</sup>, rechazó los argumentos de las filiales y declaró que: *Primero*: Visto que los tribunales comunitarios habían confirmado la Decisión de la Comisión, cuya parte dispositiva establecía que JCB Service y sus filiales habían infringido el art. 101 TFUE, y que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators eran las principales sociedades de explotación contempladas, en tanto que filiales de JCB Service, por las decisiones comunitarias, el hecho de que ellas no hayan sido condenadas por las decisiones comunitarias no prohíbe a la jurisdicción nacional apreciar, a la luz de la información que se le haya presentado, en particular decisiones comunitarias, los elementos de su comportamiento constitutivos de una infracción, sin que esto signifique que se infrinja por el tribunal nacional el efecto relativo de la autoridad de cosa juzgada, la primacía de las decisiones de la Comisión Europea proclamada por el art. 16 del Reglamento 1/2003 y el derecho a un proceso justo. *Segundo*: Esa infracción puede consistir en participar en el cumplimiento de la política comercial anticompetitiva de la sociedad matriz que se encuentra a la cabeza del grupo de sociedades al que pertenecen sus filiales. En concreto, los tribunales comunitarios encontraron, por un lado, que la política comercial de la empresa matriz JCB Service era desalentar las exportaciones paralelas, prohibiendo a sus filiales de Reino Unido e Irlanda la venta de sus productos al extranjero y pidiéndoles que le remitiesen toda demanda

---

frente a las vulneraciones por parte de las personas físicas afectadas si se rechazara dicha legitimación. En este último sentido, se hace referencia a la dificultad de identificación de las funciones de las distintas sociedades integrantes del grupo y de los costes económicos y temporales que tendrían que afrontar los afectados de exigirse la demanda y tramitación del caso en EE.UU.

La sentencia nº 217/2012, del Juzgado de Primera Instancia, nº 90 de Madrid, *Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) c. Grünenthal Pharma S.A.*, resuelve la acción de responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados por determinados medicamentos que incorporaban el principio activo Talidomida comercializados para paliar mareos y náuseas durante el embarazo. La asociación de perjudicados planteó la demanda contra la filial en España (Grünenthal SA) del laboratorio farmacéutico alemán, Grünenthal GmbH, que había desarrollado y patentado dicho principio activo. El tribunal de instancia desatiende los argumentos de falta de legitimación pasiva de la filial que alegaba su condición de mera distribuidora del producto y se limita a señalar la pertenencia de la demandada a un grupo de sociedades. Se realiza una interpretación expansiva del principio de unidad económica de la que parece deducirse una imputación natural o innata de responsabilidad a la empresa filial por el mero hecho de pertenecer al grupo sin requerir ninguna cualificación o requisito adicional para desconocer la personalidad jurídica y patrimonial independiente de la filial. Ahora bien, desde una perspectiva sustantiva, el tribunal afirma –si bien sin citar su apoyo normativo o jurisprudencial– la responsabilidad de la filial frente al usuario en relación a la bondad de los productos distribuidos al tratarse del “último eslabón en la cadena de fabricación, promoción, distribución de los productos fabricados por la matriz” que además conocía de la existencia de dichos defectos y pese a ello los comercializó.

¿Se deduce de estos casos que la mera pertenencia de una sociedad a un grupo es un fundamento suficiente de imputación de responsabilidad? Creemos que no. La extensión de responsabilidad de la matriz a las filiales por la conducta ilícita de la primera dependerá –tal y como se deduce del pronunciamiento del TS en el caso Google– del **grado de implicación o participación de esta en el hecho ilícito**.

En relación con el razonamiento en los casos de la *Talidomida* se plantean en un supuesto de responsabilidad extracontractual muy específico y dotado de principios propios, como es la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En realidad, la atribución de responsabilidad a la filial en estos casos no constituye verdaderamente, un supuesto de extensión de la responsabilidad de la matriz sobre la base del principio de unidad económica, sino la aplicación del artículo 146 TRLCyU que, en materia de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, establece la responsabilidad –propia– del proveedor o distribuidor, “cuando hubiera suministrado el producto a sabiendas de ese defecto”. En el caso de la *Talidomida*, el tribunal alega el conocimiento del defecto por parte del distribuidor que es lo que determina, en último término, la exigencia de responsabilidad con independencia de que, en este caso, la entidad encargada de colocar el producto en el mercado tuviera la condición de filial de la empresa fabricante. Un distribuidor independiente de los productos defectuosos, por tanto, de conocer el defecto, hubiera debido responder igualmente.

<sup>31</sup> Chambre commerciale, financière et économique, nº 871 de 6 octubre 2015 (13-24.854), ECLI:FR:CCASS:2015:CO00871.

dudosa para que les dijese si debían entregar o no, y, por otro lado, que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators, en tanto que filiales de JCB Service, notificaban a los distribuidores los acuerdos de distribución fraudulentos por orden de JCB Service, aplicaban las consignas de su política comercial y contribuían a la realización de las infracciones de prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia en el interior del Mercado común.

**31.** También en la **jurisprudencia inglesa**, encontramos algunas situaciones en las que se ha recurrido al principio de unidad económica de forma inversa (*extensión de responsabilidad de matriz a filial*) en el ejercicio de una acción de daños, fundamentalmente a efectos de determinación del foro. Se trata de una serie de casos en los que se demanda a las filiales inglesas de empresas cartelistas de otras nacionalidades con la finalidad de arrastrar al foro inglés las demandas. Filiales que no habían sido sancionadas por la Comisión Europea en su decisiones prohibitivas. El célebre –y controvertido- caso **Provimi Ltd. v. Aventis Animal Nutrition** (*cit.*) es una muestra de esta utilización. Este caso se planteó como una acción *follow-on* a raíz del cártel de las vitaminas de 2001, del que formaban parte los laboratorios Roche (Suiza), Aventis (Francia) y BASF (Alemania). La empresa Provimi quería demandar en los tribunales de Inglaterra y Gales, y para ello lo que hizo fue demandar a la filial británica de Roche (Roche UK Limited), utilizándola, como permite actualmente el artículo 8 del Reglamento de Bruselas Bis, como ancla para arrastrar a los tribunales ingleses al resto de entidades corporativas del grupo Roche que no estaban establecidas en Inglaterra y en Gales. Roche UK no había sido sancionada por la Comisión.

**32.** La legitimación pasiva de la filial en este proceso civil de resarcimiento se justificó precisamente y **únicamente** en este principio de existencia de una única unidad económica y en el concepto de empresa relevante a efectos de aplicación de las normas de competencia. El hecho de que la filial demandada hubiera distribuido el producto objeto del cártel fue considerado suficiente por el Tribunal para considerarla responsable por la conducta de las matrices, sin necesidad de que se acreditara el conocimiento de la existencia de esa infracción. Es más, dicho conocimiento se presumió en base a la pertenencia de la filial al grupo Roche. De acuerdo con el tribunal, la mera pertenencia de una filial a un grupo permite deducir el conocimiento de las infracciones cometidas por otras entidades del grupo (el tribunal llega a hablar de “una única mente”).

**33.** Otro caso inglés en el que se recurre a una argumentación análoga es **Toshiba Carrier**<sup>32</sup>, en el marco del cártel de las tuberías de cobre y, más recientemente, aunque con un nivel de exigencia algo mayor en relación a la valoración de la implicación de la filial no sancionada en la conducta prohibida, el caso **Vattenfall**<sup>33</sup> en el mercado de cables.

**34.** La validez de estos casos y la excesiva expansión de responsabilidad que se deduce de esa línea de razonamiento ha sido cuestionada por el propio Tribunal de Apelación en el caso **Cooper c. Shell**<sup>34</sup>, en el que se establece que si bien la posibilidad de que una matriz sea considerada responsable por los hechos de su filial se fundamenta en el hecho de que se presume que la matriz puede ejercer una influencia decisiva sobre las acciones de la filial, no puede encontrarse fundamentación en el proceso inverso, responsabilizar a una filial por las acciones de la matriz, o de otra filial. La Comisión no multa a todas las personas –físicas o jurídicas- que forman parte de una misma unidad económica, es decir, de una misma empresa, sino sólo a aquéllas que son directa o indirectamente responsables. Lo contrario podría dar lugar a situaciones en las que se exija responsabilidad a una filial del grupo que no opere en el mercado del producto cartelizado, sino en mercados de bienes totalmente distintos.

**35.** En **España**, esta cuestión ha sido abordada recientemente, en el marco de los daños derivados del cártel de los camiones, encontrándonos soluciones muy dispares en los juzgados sobre la

<sup>32</sup> *Toshiba Carrier UK Ltd v KME Yorkshire Ltd*, HC09C04733, High Court of Justice, 2011, EWHC 2665 (Ch).

<sup>33</sup> *Vattenfall AB and others v Prysmian SPA and others* [2018] EWHC 1694 (Ch).

<sup>34</sup> *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd v. Shell Chemicals UK*, Case NoA3/2009/2487, 2010 EWCA Civ 864.

legitimación pasiva de la filial o filiales españolas de las empresas sancionadas por la Comisión. Si bien las posturas en los Juzgados Mercantiles distan de ser uniformes, reconociéndose o denegándose la legitimación pasiva de las filiales, sobre la base eso sí de argumentos más o menos desarrollados, la línea mayoritaria se inclina por el rechazo de esa legitimación, es más, en los casos en que esta había sido reconocida en primera instancia, ha sido rechazada posteriormente en apelación.

**36.** En este sentido, si bien la mayoría de sentencias han desestimado las demandas contra la filial por falta de legitimación pasiva<sup>35</sup>, sí se observa una línea “mediterránea” más proclive a sostener la legitimación pasiva de la filial. Así, por ejemplo, la **sentencia de 15 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Murcia**, anulada posteriormente por Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de junio de 2019<sup>36</sup>.

**37.** Mucho más extensa en su desarrollo argumental resulta la **sentencia del Juzgado núm. 3 de Valencia de 20 de febrero de 2019**<sup>37</sup>. Razonamiento que es reiterado en la **sentencia de 7 de mayo de 2019**. En ellas se defiende la legitimación pasiva de la filial (en este caso, filiales participadas al 100% por la matriz) recurriendo a la teoría de la unidad económica y al principio de efectividad del Derecho comunitario, así como a algunas licencias creativas, como las “acciones follow-on especiales”, e invitando a la superación de “las categorías clásicas de imputación de acuerdo con los principios de personalidad propios de las legislaciones nacionales”. Fundamentalmente, tres órdenes de argumentos avalan el reconocimiento de la legitimación pasiva. Las filiales deben responder porque son un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia. La falta de reconocimiento de esta legitimación pondría en entredicho el principio de efectividad del derecho europeo al pleno resarcimiento y además, esta solución se encuentra en consonancia con la jurisprudencia del TS en materia de imputación objetiva de la responsabilidad civil en el seno de grupos de sociedades. Estos razonamientos (que tendremos ocasión de valorar más adelante) no convencen a la **Audiencia Provincial de Valencia**, que procede a desestimar las demandas por falta de legitimación pasiva de la filial<sup>38</sup>.

**38.** Ante esta situación de ausencia de consenso, la Audiencia Provincial de Barcelona, ante la que ha sido apelada la Sentencia del Juzgado núm.3 de Barcelona de 23 de enero de 2019, que rechaza la legislación pasiva de la filial<sup>39</sup>, ha optado por plantear una cuestión prejudicial al TJUE mediante un Auto de 24 de octubre de 2019<sup>40</sup>, concretada en cuatro preguntas específicas<sup>41</sup>:

“A) ¿Justifica la doctrina de la unidad económica que emana de la doctrina del propio Tribunal Europeo la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial o bien tal doctrina solo es de aplicación para extender la responsabilidad de las filiales a la matriz?

<sup>35</sup> Vid. en detalle, las sentencias recogidas en F. MARCOS, “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cartel de los camiones”, (noviembre 2019) en <https://almacenederecho.org>.

<sup>36</sup> Sentencia de la AP de Murcia de 27 de junio de 2019, *Explotaciones Agrícolas Blasco SL v. Volvo Group España S.A.*

<sup>37</sup> Este mismo Juzgado ya había anticipado una postura favorable a la toma en consideración de la existencia de un grupo económico en la aplicación de las normas de competencia en el **Auto de 4 de octubre de 2018**, en el que se reconoce la legitimación pasiva de la filial española de Volvo (no sancionada en el cártel) para ser considerada como solicitada en relación al procedimiento de acceso a pruebas previsto en el nuevo art.283 bis LEC. Se recurre, para ello, a mi juicio, en este caso acertadamente, al principio de unidad económica del grupo (a estos efectos “exclusivamente” procesales) así como a los principios de efectividad y equivalencia comunitarios. La filial está obligada a cooperar, facilitando el acceso a la información, cuando esté en condiciones de procurar dicho acceso de manera inmediata y eficaz.

<sup>38</sup> Vid. Sentencia de la AP de Valencia de 5 de diciembre de 2019, *JAR v. Man Truck & Bus Iberia S.A.*; Sentencia de la AP de Valencia de 20 de enero de 2020, *CSM & Divesa SL & Mercedes Benz España*.

<sup>39</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil núm.3 de Barcelona de 23 de enero de 2019, *Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*.

<sup>40</sup> Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 3 diciembre 2019, *Sumal, S.L. / Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, DOUE C 87 de 16 marzo 2020

<sup>41</sup> Vid. un comentario del auto, en F. MARCOS: “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cartel de los camiones”, *cit.*, y una valoración crítica sobre la oportunidad y fundamento de esta cuestión prejudicial en E. ARNALDOS: “Sobre la legitimación pasiva de la filial en ilícitos antitrust cometidos por la matriz”, julio 2020, en <https://almacenederecho.org>.

B) ¿La extensión del concepto de unidad económica debe hacerse en el ámbito de las relaciones intra grupo exclusivamente atendiendo a factores de control o puede fundarse también en otros criterios, entre ellos que la filial se haya podido beneficiar de los actos de infracción?

C) Caso de admitirse la posibilidad de extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial, ¿cuáles serían los requisitos que la harían posible?

D) Caso de que la respuesta a las preguntas anteriores sea favorable a aceptar la extensión de la responsabilidad a las filiales por actos de las matrices, ¿resultaría compatible con esa doctrina comunitaria una norma nacional como el art. 71.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que únicamente contempla la posibilidad de extender la responsabilidad de la filial a la matriz y siempre que exista una situación de control de la matriz sobre la filial?"

## B) ¿Hacia dónde vamos? *Biogaran* y *Skanska*

39. La cuestión, por tanto, de la posible extensión de responsabilidad de matriz a filial permanece, de momento, abierta. La ausencia de legislación comunitaria que aborde de manera expresa la responsabilidad del grupo en el marco del Derecho de la competencia, augura que la respuesta a los distintos interrogantes habrá de producirse, como hasta ahora, por vía judicial. De hecho, en dos sentencias recientes, el Tribunal General y el TJUE respectivamente, se han pronunciado sobre algunos supuestos, que sin constituir exactamente la situación aquí analizada, se sitúan en sus aledaños -de hecho, han sido utilizadas por partidarios del reconocimiento de legitimación pasiva de las filiales- y pueden aportar alguna orientación sobre posibles pronunciamientos futuros. El primer caso, si hace referencia a la imputación de responsabilidad entre matrices y filiales en el seno de un grupo de empresas, pero se trata de responsabilidad administrativa. El segundo, por el contrario, se enmarca en la aplicación privada, pero no se refiere a la responsabilidad dentro de un grupo, sino a una situación de reestructuración y sucesión empresarial.

### a) Caso *Biogaran*<sup>42</sup>

40. Esta sentencia tiene su origen en el recurso interpuesto contra la Decisión de la Comisión sobre la anticompetitividad de diversos acuerdos de transacción en materia de patentes propiedad de la empresa farmacéutica francesa Servier<sup>43</sup>. El grupo Servier sociedad matriz, Servier SAS, tras expirar, a lo largo de la década del 2000, la patente del perindopril, medicamento utilizado principalmente para combatir la hipertensión y la insuficiencia cardíaca, solicitó una nueva patente ante la OEP sobre el ingrediente farmacéutico activo del perindopril, la eburmina y sus procesos de fabricación. A raíz de unos litigios en los que se impugnaba la validez de esa patente, Servier SAS celebró con varias sociedades de genéricos —Niche, Unichem (sociedad matriz de Niche), Matrix (posteriormente Mylan Laboratories), Teva, Krka y Lupin— diversos acuerdos de transacción mediante los que cada una de esas sociedades se comprometía, entre otras cosas, a no entrar en el mercado y a no impugnar dicha patente. Biogaran, filial propiedad al 100% de Servier SAS, concluyó asimismo un acuerdo de licencia y de suministro con Niche<sup>44</sup>.

41. La Comisión consideró que dichos acuerdos constituían restricciones de la competencia por el objeto y por el efecto. Asimismo concluyó que Servier había ejecutado, mediante dichos acuerdos, una estrategia de exclusión constitutiva de un abuso de posición dominante. Uno de los destinatarios de la decisión fue Biogaran, filial 100% de Servier, que fue considerada responsable solidaria junto a Servier del pago de una multa por la infracción resultante del acuerdo de transacción entre Servier y Niche.

42. Biogaran recurrió la decisión ante el TG, alegando, entre otros motivos, que la Comisión la había declarado, erróneamente, culpable por una infracción cometida por su matriz.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018, *Biogaran c. Comisión Europea*, Asunto T-677/14.

<sup>43</sup> Decisión de la Comisión de 9 de julio de 2014, AT. 39612, *Perindopril (Servier)*.

<sup>44</sup> Vid. un desarrollo del contenido del acuerdo, párrafos 27 a 29.

43. ¿Estamos ante un escenario de extensión de responsabilidad, -en este caso administrativa- a una filial por la conducta anticompetitiva realizada por su matriz?

44. La sentencia no resulta todo lo clara que cabría esperar y, como parece ser ya la tónica cuando se encuentra implicado un grupo de sociedades y entra en juego la doctrina de la unidad económica, se generan más interrogantes que respuestas. Así, se insinúa pero no se concreta, se lanza una afirmación para, acto seguido, desmentirla o, al menos, matizarla. De hecho, la sentencia puede ser utilizada en apoyo de sus tesis, tanto por partidarios como por detractores del reconocimiento de la legitimación pasiva de la filial por las conductas anticompetitivas de su matriz.

45. Así, en primer lugar, el TG deslinda el alcance del caso, rechazando que se esté imputando a la filial la responsabilidad por los actos de la sociedad matriz. La responsabilidad de Biogaran obedece a su *participación directa* en la infracción cometida por Servier. Concretamente, mediante la realización, el mismo día en que se celebra el acuerdo de transacción entre Servier y Niche, del acuerdo de licencia y suministro. Este acuerdo, carece de cualquier justificación comercial y solo puede ser explicado como parte de un esquema anticompetitivo general que, pese a constituir un acto jurídico diferenciado, no puede examinarse con independencia de la transacción. La única finalidad del acuerdo era transferir fondos a Niche como contrapartida adicional de los compromisos asumidos por esta en la transacción con Servier. La conducta anticompetitiva se concreta, así, en la realización de dos contratos: un contrato de transacción celebrado por la matriz y un contrato de licencia y suministro realizado por la filial, con la finalidad de impedir la entrada de un competidor en el mercado del perindopril. El compromiso de Niche fue posible mediante un incentivo que adoptó la forma, por un lado, de un pago por Servier en el marco de la transacción y por otro, de un pago complementario efectuado directamente por Biogaran.

46. Tanto Servier como Biogaran perseguían el mismo objetivo, su conducta estuvo unida y se comportaron como una única entidad económica, no solamente en el mercado, *sino también a efectos de la infracción*. Realizaron conjuntamente la infracción, de ahí que quepa hacerles responder solidariamente del pago de la multa. El TG recurre de nuevo al concepto de empresa y a la teoría de la unidad económica para justificar que la responsabilidad se imputara solidariamente a las dos entidades jurídicas: matriz y filial. Ahora bien, pese a que el lenguaje utilizado no es claro, el tribunal no considera que la conducta anticompetitiva de la matriz haya sido imputada a la filial al formar parte de la misma unidad económica, es decir, una extensión de responsabilidad aguas abajo<sup>45</sup>. Al contrario, en su razonamiento parece ceñirse a la responsabilidad parental consagrada en el ámbito europeo, es decir, está partiendo de la responsabilidad de la matriz por los actos de la filial, a la que hay que añadir también la participación directa (y, por tanto responsabilidad propia) de la matriz en la infracción<sup>46</sup>.

47. Pero el Tribunal va un paso más allá, realizando un análisis sobre las circunstancias y factores que posibilitan la imputación a una filial de los actos realizados por la sociedad matriz. Concretamente, reflexiona sobre la necesidad de conocimiento por parte de la filial del carácter anticompetitivo de la conducta de la matriz y sobre el alcance de la implicación de la filial en dicha conducta.

---

<sup>45</sup> Sin perjuicio, de que algunos de los razonamientos recogidos puedan resultar equívocos, en relación, a una posible imputación a la filial de la conducta de la matriz, así, *ad.ex.*, (par.216) "... La Comisión podía considerar legítimamente, con arreglo al concepto de empresa, que Servier y Biogaran eran responsables solidarias de la conducta que se les reprochó, por suponer que los actos que cometieron una y otra los cometió una única empresa"

<sup>46</sup> Vid., párrafo 218. (...) *En efecto, si es posible imputar a una sociedad matriz la responsabilidad de una infracción cometida por su filial y, en consecuencia, considerar a ambas sociedades responsables solidarias de la infracción cometida por la empresa que constituyen, sin violar el principio de responsabilidad personal, lo mismo sucede a fortiori, cuando la infracción cometida por la entidad económica que constituye una sociedad matriz y su filial resulta del concurso de las conductas de esas dos sociedades (...)*. Vid, igualmente, párrafo 226 (...) que ciñe el análisis de los problemas derivados de la exigencia de conocimiento de la anticompetitividad de una conducta al riesgo de conductas de elusión de responsabilidad por parte de la matriz.

48. Para considerar a un sujeto responsable por una infracción única y continua en el marco del artículo 101 TFUE, se requiere el conocimiento (probado o presunto) de las conductas infractoras de los demás participantes en la infracción. Pero el TG considera que esta regla general ha de ser matizada en su aplicación en el seno de una empresa policorporativa. La consciencia o el conocimiento que tiene una parte de estar participando en una infracción no puede interpretarse de la misma manera cuando las partes implicadas son matriz y filial. Así, el Tribunal General afirma que es posible que una filial (al menos, una filial participada al 100% por la matriz) pueda ser considerada responsable de una infracción incluso en ausencia del conocimiento exigido habitualmente para imputar una infracción. Este conocimiento por parte de la filial de los objetivos de la matriz lo deduciría del hecho de que la filial, sobre la que la matriz ejerce una influencia decisiva, actúa bajo la dirección y control de esta (párrafos 222 a 225). ¿No se requiere en estos casos el consentimiento o este se presume de los vínculos estructurales? Y, de ser así: ¿Es una presunción *iuris et de iure* o admite prueba en contrario? ¿Significa esto que la filial, es en realidad considerada una mera sucursal o dependencia, al menos a estos efectos, carente de capacidad cognitiva autónoma? ¿Hay una única mente en el grupo, como sugirió el tribunal inglés en *Provimi*? En el caso concreto, parece que Biogaran sí tenía al menos algún conocimiento de la finalidad anticompetitiva de la matriz, por lo que los límites precisos del análisis de la corte están abiertos a debate.

49. El segundo punto se relaciona con la implementación o participación en la conducta infractora. Puede interpretarse que algunas partes de la sentencia del Tribunal sugieren que una filial puede ser responsable incluso si no ha desempeñado ningún papel en la ejecución de la infracción. Otras partes, por el contrario, sugieren que la subsidiaria debe desempeñar un papel en la implementación, pero que puede ser relativamente menor: “..., el requisito para imputar a todos los integrantes de la empresa las diversas conductas infractoras que constituyen la práctica colusoria en su conjunto se cumple cuando **cada integrante de la empresa ha contribuido a su ejecución, aún de forma subordinada, accesorio o pasiva**”. El TG no aclara en ningún caso, el significado y alcance de estas formas de participación en una infracción. ¿La mera distribución de productos con precio cartelizado constituiría participación en la infracción?

50. En definitiva, y a la espera de que se pronuncie el TJUE, es poco probable que Biogaran constituya la última palabra en la espinosa cuestión de extensión de responsabilidad entre matrices y filiales, sin perjuicio, de que sí se aprecia claramente una tendencia a inclinar la balanza a favor de una imputación de responsabilidad a la filial más laxa de la que resultaría de la aplicación estricta de los principios de responsabilidad personal y culpabilidad.

#### b) Caso *Skanska*

51. A la espera de que la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el tribunal español arroje algo de luz en el debate, el TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los sujetos responsables en el marco de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En efecto, la STJUE 14 marzo 2019, *Skanska Industrial Solutions y otros*<sup>47</sup>, primer pronunciamiento del TJUE en materia de aplicación privada tras la entrada en vigor de la Directiva, ha tenido que valorar si el concepto de “empresa” y el “principio de continuidad económica” del Derecho antitrust europeo son aplicables al *private enforcement*, cuando antes se ha producido una sucesión de empresas y hay que determinar qué entidades jurídicas son las responsables de la indemnización de los daños<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki y Skanska Industrial Solution Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*. Asunto C-724/17.

<sup>48</sup> Comentada, *inter alia.*, por M. BEHAR TOUCHAIS, “L’entreprise débitrice de la réparation des dommages causés par une pratique anticoncurrentielle, avant même la directive n°2014/104/UE”, *Petites affiches*, 2019, n° 145, pp. 8-14; H. BROKELMANN: “La Sentencia *Skanska* del TJUE: el concepto de empresa en las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia”, *CDT*, vol. 12, n°2, 2020, pp. 903-912; C. KERSTING, “Private law liability of the undertaking pursuant to Art.101 TFUE. Consequences of ECJ, 14 March 2019, Cae C-724/17 –Skanska-”, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3439973](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3439973); J. HENNAH: “The role of ‘undertakings’ in private law following *Skanska*”, *G.C.L.R.*, 12, 2, 2019, pp. 75-80;

**52.** Tres empresas finesas (SIS, NCC y Asfaltmix) adquirieron la totalidad de las acciones de Sata-Asfaltti, de Interasfaltti y de Asfalttinelio respectivamente, sociedades que participaron, entre 1994 y 2002, en una práctica colusoria que se llevó a cabo en Finlandia en el mercado del asfalto (cuyo objeto era el reparto de los mercados, la fijación de precios y la presentación de ofertas para licitaciones), y, posteriormente, con ocasión de unos procedimientos de liquidación voluntaria, se hicieron cargo de todas las actividades comerciales de estas últimas y las disolvieron. En 2009, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia, aplicando el criterio de *continuidad económica*, reconocido por el Tribunal de Justicia, impuso multas por infracción del art. 101 TFUE a varias de estas empresas tanto por sus propios comportamientos como por los de las empresas adquiridas.

**53.** Apoyándose en esta sentencia, el Ayuntamiento de Vantaa interpuso una demanda de daños y perjuicios contra SIS, NCC y Asfaltmix, alegando que estas tres sociedades eran solidariamente responsables del sobrecoste que soportó durante la realización de ciertas obras de asfaltado, debido a la sobrefacturación de los encargos como consecuencia de la práctica colusoria en cuestión. Estas contestaron que no eran responsables de los daños causados por las sociedades jurídicamente autónomas que habían participado en esa práctica colusoria y que la demanda de indemnización debería haberse presentado en el marco de los procedimientos de liquidación de las referidas sociedades.

**54.** El Tribunal de Primera Instancia de Helsinki declaró que si el principio de la continuidad económica no se aplicara en esta situación, podría resultar imposible o extraordinariamente difícil en la práctica que un particular obtuviera la reparación del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas sobre competencia pertinentes. Así sucede en particular cuando la empresa que cometió la infracción ha dejado de operar y ha sido disuelta. Teniendo esto en cuenta, consideró que, a fin de asegurar la eficacia del artículo 101 TFUE, la imputación de la responsabilidad del pago de una multa, por un lado, y la imputación de la responsabilidad por los daños, por otro, deben obedecer a los mismos principios. En virtud de lo anterior, concluyó que Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy y Asfaltmix Oy eran responsables del pago de la indemnización resultante del comportamiento contrario a la competencia de Sata-Asfaltti Oy, Interasfaltti Oy y Asfalttinelio Oy.

**55.** El Tribunal de apelación consideró que el principio de efectividad no podía menoscabar las características fundamentales del sistema finlandés en el ámbito de la responsabilidad civil y que el criterio de continuidad económica, aplicado en materia de imposición de multas, no podía, extrapolarse a las acciones de daños y desestimó las pretensiones del Ayuntamiento. Se elevó un recurso de casación y el TS constató que el Derecho finlandés no establece normas para la imputación de la responsabilidad civil a terceros en situaciones como las del litigio en cuestión, puesto que se basa en el principio de que únicamente es responsable la entidad jurídica causante del perjuicio. La única excepción a dicho principio son los casos en los que la persona jurídica carece de autonomía porque las sociedades en cuestión hayan aprovechado la estructura del grupo societario para eludir dolosa o artificialmente su responsabilidad legal. Por ello, decidió interponer una ambiciosa cuestión prejudicial al TJUE, estructurada en tres preguntas. Las dos primeras, de carácter más general, que condensaban algunos de los grandes interrogantes que planteaba el ejercicio de acciones de daños y la tercera, más específica referida a la normativa nacional finlandesa<sup>49</sup>.

---

C.I. NAGY: “Has the time come to federalize private competition law? The autonomous concept of undertaking in the CJEU’s ruling in Case C-724/17 Vantaa v. Skanska”, *M.J.*, 26, 5, 2019, pp. 720-728; A. ROBERTSON: “Skanska Industrial Solutions: What does the Court of Justice’s Landmark judgment mean for cartel damages litigation?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 40, 8, 2019, pp. 347-353; D. VAN WAMEL: “Shining a Light on the Interface between EU and National Law in the Private Enforcement of the EU Competition Rules”, *CoRe*, 3, 3, 2019, pp. 327-333.

<sup>49</sup> La pregunta, era si, de considerarse que son las normativas nacionales, las que deben determinar quién responde del daño, incumpliría el requisito de *efectividad* del Derecho de la Unión una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad que, tras adquirir todas las acciones de otra sociedad participante en un cártel contrario al art. 101 TFUE, disolviese dicha sociedad, continuando con su actividad comercial, no respondiese por los daños ocasionados por la práctica restrictiva de la competencia de la sociedad disuelta, a pesar de que sea prácticamente imposible o extraordinariamente difícil obtener una indemnización de

**56.** Así, se cuestiona al TJUE:

- 1º) Si, para determinar quién responde de la indemnización de un daño ocasionado por una práctica contraria al art. 101 TFUE debe aplicarse directamente este último o, por el contrario, las disposiciones nacionales.
- 2º) Si, de seguirse la *primera hipótesis*, responderían de los daños quienes estén comprendidos en el concepto de “empresa” empleado por el art. 101 TFUE y si, entonces, deberían aplicarse los mismos principios que ha utilizado el Tribunal de Justicia en materia sancionadora para identificar a los responsables. Según tales principios, la responsabilidad puede basarse especialmente en la pertenencia a la misma *unidad económica* o en la *continuidad económica*.

**57.** La respuesta a la primera pregunta era especialmente esperada, al tratarse esta de una cuestión polémica en la que entraba en juego la doble competencia de la UE y de los Estados miembros en la regulación del ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños derivados de una práctica anticompetitiva<sup>50</sup>. Ya en *Manfredi*, se reconoce dicha competencia conjunta, que, incluso es reiterada por el TJUE en esta sentencia (apartado 27), cuando señala que: “*es cierto que, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad*”. El TJUE considera que la determinación de los sujetos frente a los que cabe dirigir la acción, no constituye una modalidad de ejercicio del derecho al resarcimiento y afirma expresamente que, “[...] *la cuestión de la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión*”. Para ello recurre a la aplicación directa del artículo 101 TFUE que recoge una prohibición dirigida a las “empresas”. Si los destinatarios de la prohibición de acuerdos colusorios son las empresas, y habida cuenta de que la responsabilidad resultante de las infracciones de las normas de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción. Las entidades obligadas a reparar el daño causado por un acuerdo prohibido por el artículo 101 son las “empresas”, en el sentido de esta disposición que hayan participado en ese acuerdo o práctica. Dicho concepto, recuerda, designa una unidad económica aunque desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas.

**58.** El TJUE unifica así los marcos subjetivos de la aplicación pública y privada de las normas de competencia, centrándolos en torno al concepto económico de “empresa” y abriendo la puerta a una entrada más intempestiva de los principios comunitarios en los ordenamientos privados (civiles y mercantiles) y procesales de los Estados miembros<sup>51</sup>.

**59.** Decimos abriendo la puerta, porque el TJUE, a nuestro juicio, introduce la noción de empresa también en el marco civil resarcitorio, pero no desarrolla los problemas hasta sus últimos extremos, sino que retrocede de nuevo para centrarse solo en el supuesto específico de reestructuración empresarial del caso. Así, en respuesta a la segunda cuestión planteada, sobre si el concepto de “empresa” desarrolla-

---

la sociedad disuelta. Si se opondría el requisito de *efectividad* a una interpretación del Derecho nacional de un Estado miembro conforme a la cual se exija, para que haya una responsabilidad indemnizatoria, que la *reestructuración empresarial* descrita se realizase de forma ilegal o artificial para eludir la responsabilidad indemnizatoria en virtud del Derecho de la competencia, o de cualquier otra forma desleal, o, al menos, que la sociedad conociera o debiera haber conocido la infracción contra la competencia en el momento de llevar a cabo dicha reestructuración. Dado que el TJUE respondió afirmativamente a la dos primeras cuestiones, no entró a contestar la tercera.

<sup>50</sup> De hecho, diversos autores defendían (o más bien, anhelaban) vistas las incertidumbres que se habían generado en el marco de la responsabilidad administrativa sancionadora, la no traslación automática de estas teorías al ámbito privado. Vid., CORTESE, *cit.*, pp. 91 y ss.

<sup>51</sup> H. BROKELMANN, “La *Sentencia Skanska* del TJUE (...)”, *cit.*, p.1, afirma que esta sentencia constituye un nuevo paso en la “comunitarización” del Derecho civil y procesal de los Estados miembros.

do por el TJUE en el marco del Derecho sancionador —a saber, el concepto de “**unidad económica**” y el principio de “**continuidad económica**”—, eran también aplicable en demandas de daños por infracción de las normas de la competencia para determinar los sujetos obligados a tal indemnización, resuelve afirmativamente en relación a la reestructuración empresarial -elementos fácticos del caso- aplicando el principio de continuidad económica. “[...] si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas [...]”.

**60.** Pero, el TJUE deja intencionadamente sin responder, de forma expresa, importantes cuestiones de cara a determinar la imputación de responsabilidad dentro de un grupo: ¿responde de los daños quiénes estén comprendidos en el concepto de empresa utilizado en dicha disposición? ¿para determinar los sujetos obligados podemos recurrir al principio de unidad económica y, en este caso, si se considera que la empresa es una unidad económica que puede estar constituida por una pluralidad de personas físicas y jurídicas que ofrecen sus bienes y servicios en el mercado, cabe sostener que la sociedad matriz (*parent company*) podría ser jurídicamente responsable por sus filiales? ¿cabría de la misma manera afirmar la responsabilidad de la filial por la sociedad matriz o por una filial hermana (*group liability*)? No se resuelven las dudas existentes en relación a la funcionalidad y alcance de la doctrina de la “unidad económica”, especialmente, en el marco analizado de responsabilidad aguas abajo dentro de un grupo de sociedades.

**61.** La importancia de Skanska es incuestionable y fiel reflejo de una interpretación extensiva del concepto de empresa y del principio de unidad económica por parte del TJUE, ya manifestada en sede de responsabilidad administrativa, pero, a la espera de ulteriores pronunciamientos, sus efectos directos se limitan a establecer la responsabilidad civil del sucesor legal de la empresa infractora, en aplicación del principio de continuidad económica ya utilizado en el ámbito sancionador.

### **C. ¿Responsabilidad del grupo? Sobre una posible extensión automática de responsabilidad entre matrices y filiales**

**62.** Lo expuesto hasta el momento, revela la subsistencia de importantes interrogantes en lo que afecta a la imputación de responsabilidad en el seno de los grupos de sociedades. ¿Cabe presumir la participación de todas las entidades que forman el grupo en una infracción por el simple hecho de formar parte del grupo o, por el contrario, es preciso, una exigencia o requisito de imputación adicional, que permita -con el grado de flexibilidad o presunción que se determine- acreditar la efectiva participación en la infracción, ya sea como cabeza pensante o encargada del control, ya sea como cómplice o contribuyente a la infracción? Y en este último caso, ¿el mero hecho de distribuir un producto cartelizado supone contribución a la infracción? ¿es necesario también el conocimiento de la anticompetitividad? ¿se presume este en los casos de las filiales? ¿de las filiales al 100%?

**63.** Este debate (doctrinal y judicial) sobre la delimitación del alcance subjetivo de la responsabilidad derivada de los daños causados por una práctica anticompetitiva en presencia de una empresa pluricorporativa, enfrenta a defensores de la aplicación de las reglas y principios tradicionales de imputación y culpabilidad con partidarios de un replanteamiento de los mismos justificado por las especialidades del Derecho de la competencia.

**64.** En este sentido, frente a la responsabilidad personal de las distintas entidades jurídicas que forman el grupo, un sector defiende una responsabilidad del grupo como tal (*group liability*), que comportaría la imputación automática de responsabilidad a todas las sociedades (matrices y filiales) integrantes del grupo con independencia de su jerarquía y del grado de su participación en la infracción,

siendo el grupo en sí el que, por tanto, ha de considerarse relevante a efectos civiles y procesales<sup>52</sup>. En apoyo de esta solución se han utilizado diversos argumentos:

65. Un primer argumento se apoya en una **interpretación literal** -y extensiva- de la noción de empresa utilizada en los Tratados y recogida en la Directiva<sup>53</sup>. En esencia, se defiende que si el potencial infractor de las normas de competencia es la empresa y esta se define como unidad económica (con independencia de que sea uni o pluricorporativa), **es la unidad económica la que debe responder administrativa y civilmente de las acciones anticompetitivas**, lo que significa que todas las matrices y filiales son igualmente responsables. Esta postura supone, en sus acepciones más extremas una negación de la realidad policorporativa del grupo. A efectos del Derecho de la competencia es como si no hubiera un grupo, dado que, precisamente el grupo viene definido no solo por la existencia de una unidad económica, sino por la existencia de una unidad económica *entre entidades jurídicas diferenciadas*. Se parte de que, “como existe una noción uniforme de empresa, el hecho de que consista en una única unidad legal o en varias, no puede significar una diferencia en la imputación de responsabilidad”, arbitrándose así una suerte de culpa colectiva, de tal modo que los sujetos han de responder por las culpas de otros simplemente porque ambos pertenecen al mismo grupo. Se sustituye, a fin de intentar conciliar la noción de empresa con el principio de responsabilidad personal, la culpa de una persona considerada singularmente por una culpa ficticia del ente colectivo<sup>54</sup>.

66. La imputación de responsabilidad al colectivo se fundamenta en la existencia de una *unidad de acción en el mercado*. Precisamente, es la actuación única en el mercado la que une o vincula a entidades jurídicamente independientes en una única unidad económica y determina que los activos de todas ellas sean igualmente responsables de las acciones de cada una. Otra modalidad de esta postura, apoya la imputación en la existencia de un beneficio común (*ubi emolumentus, ibi ius*). Lo que no puede tener la filial son las ventajas de pertenecer al grupo sin sufrir las consecuencias. Si la filial sigue las instrucciones de la matriz en materia de precios y estos incluyen un sobreprecio consecuencia de la existencia de un cártel, puede deducirse que la filial ha participado y se ha beneficiado de la infracción, al recibir el sobreprecio de la venta del producto cartelizado<sup>55</sup>.

67. Esta postura llevada a sus últimas consecuencias permitiría extender la responsabilidad no solo a las filiales de la matriz imputada, sino también, por ejemplo, a otras filiales o sociedades hermanas dentro del grupo. El alcance de esta línea de razonamiento depende, no obstante, de la interpretación que se haga del término “empresa” y “unidad económica”. Recordemos que la unidad económica, según la jurisprudencia del TJUE, resulta de la falta de autonomía de la sociedad en la determinación de su comportamiento en el mercado, que vendría determinado esencialmente por las instrucciones recibidas de la sociedad matriz. Una lectura amplia de estos requisitos permitiría identificar, con carácter general, una empresa, en cualquier grupo de subordinación y, por tanto, hacer responsables a todas las sociedades que integran el mismo.

68. No obstante, también cabe una postura intermedia, más acorde con la vacilante jurisprudencia del TJUE (que, al utilizar el concepto de unidad económica como base de la imputación de responsabilidad se ve obligado a hacer malabarismos para reconciliar responsabilidad personal y “empresa”) y

---

<sup>52</sup> Vid., entre los partidarios de reconocimiento de la responsabilidad de la unidad económica en su conjunto: C. KERSTING, “Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law, cit.; “Private law liability of the undertaking pursuant to Art.101 TFUE. Consequences of ECJ, 14 March 2019, Cae C-724/17 –Skanska-“, cit.; F. MARCOS: “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cartel de los camiones”, cit.

<sup>53</sup> La Directiva define al infractor como “la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia”.

<sup>54</sup> Vid. P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Acciones de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 473 y ss.; S. THOMAS, “Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law”, cit.

<sup>55</sup> Vid. J. ALFARO, “Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación pasiva de la filial nacional del grupo sancionado”, 2019, en <https://almacenederecho.org>.

que permite evitar algunos de los excesos de la postura anterior. Esta interpretación correctora rechaza una identificación entre grupo y empresa y defiende que, dentro de un grupo pueden existir “varias unidades económicas” y, por tanto, varias empresas. De acuerdo con el razonamiento de *Akzo Nobel*<sup>56</sup>, la responsabilidad puede atribuirse entre sociedades que formen parte de la misma empresa, sin embargo, cuando se valora si las sociedades constituyen o no una “empresa”, es necesario tener en cuenta que la identificación de una empresa depende de las circunstancias. En un caso de infracción de la competencia, la cuestión es si las empresas actuaron como una única unidad económica **a los efectos de la infracción**. Si lo hicieron, todos son parte de la misma empresa y todos son responsables. Si no lo hicieron, no forman parte de la empresa y no cabe exigirles responsabilidad por la conducta de ninguna otra sociedad del grupo. En principio, con arreglo a este enfoque, una subsidiaria que realmente no tuvo nada que ver con una infracción no será responsable de ella. Pero sí podría serlo una filial que, a sabiendas o no, haya actuado de forma concertada con otras sociedades del grupo de modo que operen como una unidad económica única para ejecutar una infracción.

**69.** La interpretación literal defendida de la norma se apoya en un modelo de responsabilidad civil del grupo de sociedades (*group liability*) que, en nuestra opinión, no existe y no viene corroborado ni por el resto de la Directiva, ni por el Derecho europeo originario y que, por tanto, legalmente carece de fundamento, dando lugar indirectamente y -por una vía inadecuada- a una armonización del Derecho de grupos y de responsabilidad civil de los Estados miembros de la UE.

**70.** Si bien es cierto que la jurisprudencia del TJUE no es especialmente clara en la determinación del alcance de la doctrina de la unidad económica, tampoco consideramos que esta postura haya sido refrendada con carácter general por el tribunal europeo<sup>57</sup> que, pese a su intencionada ambigüedad, ha buscado criterios y exigencias adicionales de imputación, para extender la responsabilidad, tanto administrativa como civil, dentro de un grupo de sociedades, ciñéndose además, hasta el momento, a una extensión de responsabilidad de filial a matriz (*parental liability*).

**71.** Al margen de los textos normativos, la extensión de responsabilidad entre los miembros del grupo de sociedades encuentra también un segundo fundamento de apoyo en **el principio de efectividad del Derecho europeo de la competencia**. En el marco de la aplicación privada, este principio significa que las normas nacionales no pueden hacer el ejercicio del derecho europeo a la reparación del daño sufrido como consecuencia de una conducta anticompetitiva, prácticamente imposible o excesivamente difícil en la práctica. La cuestión es si las normas de los Estados miembros que parten de los principios de separación corporativa, la personalidad jurídica y la responsabilidad personal podrían tener ese efecto de negación del derecho al resarcimiento.

**72.** Obviamente, cuanto más amplio sea el círculo de los demandados, más probable es que el actor pueda satisfacer sus pretensiones. Así, pueden plantearse situaciones en las que resulte interesante, en la práctica, la idea de demandar no sólo a la sociedad directamente responsable de la infracción del Derecho antitrust, sino también a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, en especial, la sociedad matriz. En este sentido, por ejemplo, cuando se tema que los recursos financieros de la sociedad demandada susceptibles de embargo no sean suficientes o, incluso, se tema que los tribunales la declaren en quiebra. Es más, esta extensión puede ser la única solución a la vista, cuando la sociedad imputada/condenada por el acto anticompetitivo ha dejado de existir como consecuencia de su liquidación o de su adquisición por otra sociedad.

**73.** En definitiva, lo que está en juego para la víctima, en estos casos, es poderse dirigir hacia entidades solventes, que puedan hacer frente al resarcimiento de la totalidad del daño causado por los

<sup>56</sup> Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros c. Comisión*, Asunto C-97/08.

<sup>57</sup> La postura mantenida por el TJUE en relación a la presunción de existencia de una influencia determinante en el caso de las filiales participadas al 100% por la matriz, pese a la defensa formal de su carácter rebatible, si se asemeja al reconocimiento de una responsabilidad derivada de una situación puramente estructural, es decir, de la mera pertenencia al grupo.

actos competitivos: la *importación de la noción de empresa* del Derecho antitrust europeo para calificar a la entidad deudora de la reparación del daño no sería más que el expediente necesario para ello.

74. Ahora bien, en nuestra opinión, el recurso al principio de efectividad no tiene la misma fuerza en el caso de extensión de responsabilidad en sentido inverso, es decir, de matriz a filial. Así, en España, esta cuestión se ha planteado en el marco del cartel de los camiones en el que algunos de los afectados han optado por demandar a las filiales españolas de las matrices sancionadas por la Comisión, ante las dificultades y mayor onerosidad y demora que comporta la necesidad de tener que acudir a los mecanismos de cooperación internacional para llevar a cabo la citación de la matriz. ¿La falta de reconocimiento de la legitimación pasiva de la filial supone una vulneración del principio de efectividad e impide o dificulta extraordinariamente el derecho al resarcimiento?

75. La invocación del principio de efectividad está presente, por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, en la que se defiende la necesidad de abandonar, en el marco del Derecho de la competencia, las categorías clásicas de imputación de acuerdo con los principios de personalidad propios de las legislaciones nacionales. Por lo visto, con arreglo a esta línea de razonamiento estos principios nacionales clásicos reflejan visiones reduccionistas del concepto de personalidad jurídica, identificada con el principio de separación corporativa, e impiden la eficacia del Derecho comunitario que se apoya en la responsabilidad personal de toda la unidad económica, por lo que el grupo en sí ha de ser el sujeto relevante a efectos procesales. También se deduce esta preocupación, si bien no de manera tan tajante y con un alcance menos general, del Auto de 24 de octubre de 2019, de la AP de Barcelona, en el que se expresa el temor de que, dadas las características de los procedimientos, en su mayoría de cuantías reducidas, los costes derivados de los gastos de traducción y de retraso en la tramitación, unidos a la posible necesidad de hacer efectiva la ejecución de la sentencia en una jurisdicción extranjera, impidan efectivamente el ejercicio del derecho al resarcimiento.

76. No todos los obstáculos a los que tienen que enfrentarse las víctimas de cárteles, cuando pretenden el resarcimiento de los daños que aquéllos les han causado, son contrarios al principio de efectividad de los arts. 101 y 102 TFUE. En nuestra opinión, **la ausencia de responsabilidad colectiva de los grupos de sociedades no es, por sí misma, contraria al principio de efectividad del Derecho antitrust europeo.** Existen situaciones en las que, efectivamente, frente a un riesgo o posibilidad real de **impago** por parte de los sujetos que fueron considerados responsables de la infracción en un previo procedimiento sancionador, puede tener sentido una extensión de responsabilidad: trasvase de fondos entre sociedades del grupo, sucesión de empresas, participación directa o indirecta en la información, etc., pero, en ningún caso, con carácter general.

77. Esta situación no está presente en el caso planteado, no viendo cómo puede verse afectado el principio de efectividad de no reconocerse la legitimación pasiva de la filial en una acción *follow-on* (por supuesto, siempre cabe la posibilidad de que los afectados por una práctica anticompetitiva interpongan una acción *stand-alone* o independiente contra quien consideren causante del daño). ¿Los gastos de traducción, el retraso en la tramitación del procedimiento, el eventual coste de ejecución de la sentencia... impiden -o hacen extraordinariamente difícil en la práctica- hacer efectiva la responsabilidad frente a las sociedades matrices consideradas infractoras?

78. Este argumento resulta, a nuestro juicio, paradójico, desproporcionado y especulativo y, al menos, en el caso de los camiones, se ha visto desmentido en la práctica. Es preciso tener en cuenta que los “costes” que, se alega, impiden el ejercicio del derecho europeo al resarcimiento, vienen establecidos por el propio Derecho europeo, el Reglamento 1393/2007 (*cit.*), es decir, sería, por tanto, una norma europea la que impediría la efectividad del derecho europeo<sup>58</sup>. Para garantizar la eficacia del derecho eu-

<sup>58</sup> Compartimos, en este sentido, la posición crítica de E. ARNALDOS: “Sobre la legitimación pasiva de la filial en ilícitos antitrust cometidos por la matriz”, *cit.*

ropeo la solución que se defiende sería, no la modificación de esa norma -si se considera que realmente puede dificultar el ejercicio de los derechos- si no una respuesta, -a nuestro juicio- desproporcionada como es el desconocimiento de la personalidad jurídica y del principio de responsabilidad personal.

**79.** Pero es que además, el desarrollo de los procedimientos en España que responden a las características descritas en el auto citado, con numerosas sentencias estimatorias de las demandas planteadas contra las sociedades matrices<sup>59</sup> supone la constatación práctica de que el principio de efectividad no se ha visto afectado. No es imposible -o extraordinariamente difícil-, por tanto, hacer efectiva la responsabilidad frente a quien se consideró responsable de la infracción en el procedimiento sancionador, es decir, frente a las matrices.

### III. Reflexiones finales... a la espera de la resolución de la cuestión prejudicial

**80.** A modo de conclusión, es conveniente recapitular los distintos argumentos a favor y en contra (y con ellos los distintos intereses protegidos) de extender a la filial la responsabilidad por los actos anticompetitivos de su matriz (o de otras filiales) sobre la única base de la existencia de una única entidad económica.

**81.** Así, entre los argumentos a favor, nos encontramos, con la posibilidad de facilitar un abaratamiento de los costes del proceso y evitar el “pretendido” efecto disuasorio que estos pueden suponer para el ejercicio de acciones de daños, afectándose como consecuencia a la propia efectividad de la aplicación privada del Derecho de la competencia y del derecho europeo a ser resarcido por los daños causados por prácticas anticompetitivas. Derecho que podría verse cuestionado en el caso de que se excluyera la responsabilidad de la filial por una conducta que coadyuva y facilita la causación del daño ilícito.

**82.** Es necesario proceder con cautela a la hora de valorar esta extensión de responsabilidad, ya que, en el otro lado de la balanza se encuentran afectados principios jurídicos de la importancia del principio de responsabilidad personal o la propia seguridad jurídica, cuya afectación está inexorablemente ligada al desconocimiento de la personalidad jurídica. Las pretendidas ventajas e intereses tutelados han de ser ponderados con otros intereses cuya afectación es susceptible de causar aún mayores distorsiones en los mercados.

**83.** Si bien es cierto, que en el caso de las empresas policorporativas pueden plantearse situaciones en las que puede resultar injusto un apego estricto e incondicional a la personalidad jurídica y a la separación corporativa, los problemas pueden resolverse, en nuestra opinión, en aplicación de las categorías clásicas de imputación de responsabilidad civil sin necesidad de recurrir a reglas especiales ni acuñar un sistema de responsabilidad diverso en el ámbito del Derecho de la competencia, cuya única singularidad parece ser identificar al autor de una infracción como una empresa.

**84.** El principio de responsabilidad personal tiene naturaleza fundamental y, a menos que el legislador lo establezca, no cabe adaptar este a la noción de empresa comunitaria. De hecho, es esta noción de empresa y de unidad económica la que debería ser adaptada al principio de responsabilidad personal. La teoría de la unidad económica utilizada por el TJUE no es, a día de hoy, un instrumento convincente ni definitivo. No es lo suficientemente específico y preciso para negar la personalidad jurídica individual de las sociedades que pertenecen a un grupo y ser utilizado como mecanismo jurídico de imputación de responsabilidad.

**85.** Por ello, la mera pertenencia al grupo no nos parece un criterio suficiente de imputación de

---

<sup>59</sup> Vid. F. MARCOS, “Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *cit.*, pp.1-3.

responsabilidad entre las sociedades integrantes, sino que es preciso satisfacer unos requisitos adicionales (que habrán de ser probados por el demandante a menos que se fijen inversiones de la carga de la prueba como en el caso de las filiales participadas al 100%) que permitan atribuir un fundamento propio de imputación de la conducta: culpa in vigilando o de organización en el caso de las matrices o una culpa como cómplice o cooperador en el de las filiales.

**86.** La imputación de responsabilidad a la filial (de hecho, a cualquier entidad que haya sido necesaria o haya facilitado la implementación en la práctica de la conducta anticompetitiva) exige demostrar su participación, directa o indirecta, en el hecho ilícito. No bastaría la mera implementación del acuerdo (p.e. distribución o financiación del producto cartelizado) sino que sería necesario acreditar, como mínimo, el conocimiento del carácter anticompetitivo de la práctica que se trate (conocimiento que no cabe deducir de la simple pertenencia al grupo en el caso de las filiales, al menos, si no se trata de filiales al 100%), sino que requiere el análisis de los vínculos societarios y contractuales entre ellas y de las competencias y funciones de la filial. La extensión requeriría así, justificar el carácter conjunto de las actividades de matrices y filiales (instrucciones, influencia determinante, etc.), reconociendo la posibilidad de la existencia de grupos de sociedades muy diversos en los mercados.

**87.** La aplicación automática –o excesivamente permisiva- de un levantamiento del velo o extensión de responsabilidad en sentido inverso puede conducir a resultados insatisfactorios y difíciles de justificar jurídicamente. La existencia de dependencia económica puede ser un criterio adecuado para imputar responsabilidad aguas arriba, pero no aguas abajo, alcanzando a todas las conductas de las que son responsables las matrices (o incluso otras filiales). Sin requisitos adicionales que permitan acreditar la implicación efectiva de la filial en la conducta sancionada, no creemos quepa realizar esta imputación de responsabilidad. No estamos cuestionando, en ningún caso, la posibilidad de demandar a la sociedad filial o a sociedades hermanas, que obviamente, siempre puede llevarse a cabo, sino su carácter automático por el mero hecho de pertenecer a un grupo de sociedades.

**88.** La distinta entidad de los intereses implicados determina, a mi juicio, que, aún de verse afectado el principio de efectividad del Derecho comunitario, si se considera que la imposibilidad de dirigirse directamente a la filial, aunque no haya sido sancionada en sede administrativa, encarece los costes del proceso y puede disuadir de presentar la acción en primer lugar, la solución de extender la responsabilidad de manera automática por su mera pertenencia al grupo, sin necesidad de acreditar -aunque sea mínimamente- su participación/contribución/conocimiento de la conducta ilícita, resulta claramente desproporcionada. Ciertamente, los demandados pueden abusar de argucias procesales, encareciendo y dificultando artificialmente el éxito de los procedimientos, pero la respuesta no puede ser una alteración sustantiva de principios generales de los Derechos nacionales, como el principio de separación corporativa o de responsabilidad personal. ¿No habría de buscarse la solución a estos problemas en sede procesal, revisando los instrumentos procesales de notificación a demandados radicados en otros Estados miembros o de ejecución de sentencias?

**89.** No obstante, si como parece probable, el TJUE va a seguir insistiendo en la vía de la unidad económica como mecanismo de armonización de la responsabilidad subjetiva por las infracciones del Derecho comunitario, superando o absorbiendo el papel de los Estados miembros (y de principios como el de la autonomía procesal), no cabe la adopción de soluciones ambiguas e incompletas, si no que es preciso, en pro de principios de la seguridad jurídica, desarrollar una doctrina de la personalidad legal corporativa completa, previsible y cerrada, que efectivamente, pueda ser capaz de suplantar el papel de los Estados miembros en el marco del artículo 101 TFUE.

**90.** Esperemos que la resolución de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona sea un paso en un camino que, hasta el momento, es bastante incierto.

DECISIONES DE RETORNO CONTRA NACIONALES  
DE TERCEROS ESTADOS QUE SE ENCUENTREN EN  
SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA: CONSECUENCIAS  
DE LA (SUPUESTA) INCOMPATIBILIDAD DE LA LEY DE  
EXTRANJERÍA CON LA DIRECTIVA 2008/115 Y DE SU  
AUSENCIA DE EFECTO DIRECTO VERTICAL

RETURN DECISIONS TO THIRD-COUNTRY NATIONALS  
ILLEGALLY STAYING IN SPAIN: CONSEQUENCES OF THE  
(ALLEGED) INCOMPATIBILITY OF LAW 4/2000 WITH THE  
DIRECTIVE 2008/115 AND THE LIMITS ON THE VERTICAL  
DIRECT EFFECT OF DIRECTIVES

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular acreditado de Derecho internacional privado  
Universidad de Alicante.*

ORCID ID: 0000-0002-0348-2530

Recibido: 23.12.2020 / Aceptado: 14.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5964>

**Resumen:** La decisión del TJUE en el asunto *Zaizoune*, ha provocado un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo en materia de expulsión de ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España. Al aplicar el efecto directo de la Directiva 2008/115 el Tribunal Supremo considera procedente la expulsión de estos ciudadanos en lugar de aplicar la Ley de extranjería más beneficiosa para los mismos ya que permite imponer o bien una sanción de multa, o bien la expulsión. En este trabajo, se analizan las consecuencias de la supuesta incompatibilidad entre la norma española y la Directiva, así como de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que choca frontalmente con la doctrina del TJUE que no reconoce el efecto directo vertical inverso de las directivas.

**Palabras clave:** situación irregular, nacionales de terceros países, decisión de retorno, ley 4/2000, directiva 2008/115, efecto directo vertical inverso.

**Abstract:** The *Zaizoune* Judgment of CJEU has led to a change in the Spanish Supreme Court doctrine on returning illegally staying third-country nationals. In applying the direct effect of Directive 2008/115, the Supreme Court considers the return of these citizens to be appropriate rather than applying the national law that is more beneficial to them, by imposing either a fine or removal. This paper analyses the consequences of the alleged incompatibility of the Spanish rules with the Directive, as well as the recent Spanish Supreme Court decisions that clashes head-on with the CJEU doctrine that does not recognize the reverse vertical direct effect of directives.

**Keywords:** illegally staying, third-country nationals, return decision, law 4/2000, directive 2008/115, reverse vertical direct effect.

**Sumario:** I. Planteamiento: el origen de la cuestión. II. Normativa aplicable a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España. 1. Disposiciones nacionales: la Ley de extranjería. A) ¿Obligación o facultad de expulsar a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España? B) Naturaleza jurídica del acto de expulsión. 2. Derecho de la Unión Europea. A) El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y el Código de fronteras Schengen (Reglamento 526/2006). B) La Directiva 2008/115. III. Jurisprudencia de los tribunales españoles en esta materia: proporcionalidad y motivación de la sanción. IV. Estado de la cuestión en la doctrina del TJUE. 1. Con anterioridad a la Directiva 2008/115. A) Sanción de multa por estancia irregular y su compatibilidad con el Derecho comunitario: los asuntos *Zurita García* y *Choque Cabrera*. 2. A partir de la aplicación de la Directiva 2008/115. A) ¿Es posible sancionar la estancia irregular con una multa que puede ser sustituida por la expulsión?: el asunto *Md Sagor*. B) ¿Son compatibles la sanción de multa y la expulsión?: el asunto *Zaizoune*. V. Aplicación de la doctrina *Zaizoune* por los tribunales españoles. 1. La controvertida interpretación defendida por el Tribunal Supremo. 2. El análisis llevado a cabo por los Tribunales Superiores de Justicia. VI. ¿El desenlace esperado? 1. El asunto *MO* y la ausencia de efecto directo vertical de la Directiva 2008/115. 2. Cuestiones prácticas derivadas de la Sentencia *MO*. A) ¿Se puede invocar ante los tribunales españoles la aplicación de la Directiva 2008/115? B) En su defecto, ¿pueden interpretar los tribunales españoles la Ley de extranjería a la luz de la Directiva 2008/115? VII. A modo de conclusión: 1. Consecuencias jurídicas que puede provocar la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en el ordenamiento jurídico español. 2. ¿Y si la Ley de extranjería no fuese incompatible con la Directiva 2008/115?

## I. Planteamiento: el origen de la cuestión

1. En el año 2011, con motivo de la decisión del TJUE en los asuntos acumulados *Zurita García* y *Choque Cabrera*<sup>1</sup>, se planteaba si debían abandonar el territorio español los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular<sup>2</sup>.

En esta decisión, el TJUE tuvo oportunidad de analizar la compatibilidad de la normativa española con el derecho de la Unión Europea aplicable en los litigios principales y precisar el alcance de la sanción que puede imponerse a un nacional de un tercer país cuando carece de título para entrar o permanecer en España, es decir, si esa sanción podía limitarse a una multa o, por el contrario, si procedía imponer la expulsión de esas personas, así como la posible la sustitución de la expulsión por la imposición de una multa.

Y, en ese contexto, examinaba si la normativa española - la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>3</sup>- era compatible con el Derecho de la Unión Europea vigente en la materia, es decir, el artículo 62 CE nº 1 y 2, letra a) y los artículos 5, 11 y 13 del Reglamento 562/2006 (Código de fronteras Schengen)<sup>4</sup>. Pues, aunque ya se había adoptado la Directiva 2008/115, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno

<sup>1</sup> STJUE, de 22 de octubre de 2009, en los asuntos acumulados C-261/08, *Zurita García* y C-348/08, *Choque Cabrera*, Rec. 2009 I-10143.

<sup>2</sup> *Vid.*, al respecto, mi trabajo, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "¿Deben abandonar el territorio español los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular? (Reflexiones a partir de la sentencia del TJUE, de 22 de octubre de 2009, en los asuntos acumulados C-261/08, *Zurita García* y C-348/08, *Choque Cabrera*, REDE, nº 37, enero-marzo, 2011, pp. 111-134.

<sup>3</sup> *Vid.*, los artículos 55 y 57.1 de la Ley de 11 de enero de 2000 (BOE nº 10, de 12 enero 2000) (en lo sucesivo, Ley de Extranjería). Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000 (BOE nº 307, de 23 diciembre 2000) y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE nº 279, de 21 noviembre 2003). El Reglamento de la Ley de extranjería fue desarrollado mediante el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre 2004 (BOE nº 6, de 7 enero 2005). Posteriormente, la Ley Orgánica 4/2000 fue reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE nº 299, de 12 diciembre 2009) (esta Ley está en vigor desde el día 13 de diciembre de 2009); y se adoptó el nuevo Reglamento de la Ley de extranjería mediante el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 103, de 30 abril 2011) (en lo sucesivo, Reglamento de la Ley de extranjería) que derogó el Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

<sup>4</sup> Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), (DOUE L 105 de 13 abril 2006)

de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>5</sup>, aún no había transcurrido el plazo concedido a los Estados para la incorporación en sus ordenamientos jurídicos nacionales<sup>6</sup>, que debía ser con posterioridad al momento en que se plantearon las resoluciones de expulsión (año 2006 y 2007) contra la Sra. Zurita García y el Sr. Choque Cabrera que dieron lugar al procedimiento prejudicial ante el TJUE.

## II. Normativa aplicable a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España

### 1. Disposiciones nacionales: la Ley de extranjería

#### A) ¿Obligación o facultad de expulsar a los ciudadanos de terceros Estados en situación irregular en España?

2. La expulsión de nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España viene regulada en la Ley de extranjería, en su Título III y bajo la rúbrica “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”<sup>7</sup>. Esta norma, distingue entre infracciones graves y muy graves que, en principio, estarán sancionadas con multa.

Sin embargo, dispone que en los supuestos en los que las infracciones graves o muy graves hayan sido realizadas por extranjeros podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa su expulsión del territorio español<sup>8</sup>.

Por lo tanto, hay que identificar aquellos hechos que pueden ser calificados como una infracción grave o muy grave para justificar la expulsión del extranjero del territorio español. En ese sentido, la Ley de extranjería dispone que tendrá la consideración de infracción grave la estancia irregular de ciudadanos de terceros Estados en nuestro territorio por carecer de autorización o tenerla caducada sin haber solicitado su renovación<sup>9</sup>.

3. Para graduar el tipo de sanción que corresponda en cada caso, además de la tipificación de la conducta del interesado, el órgano sancionador competente ha de ajustarse a “... *criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia*”<sup>10</sup>.

4. Por otra parte, para intentar clarificar esta dualidad multa-expulsión, conviene recordar que entre los supuestos contemplados en la Ley de extranjería que prevén la salida obligatoria del territorio

<sup>5</sup> *Vid.*, el artículo 20 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (DOUE L 348, de 24.12.2008). Además, esta Directiva sustituía las disposiciones de los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. *Vid.* artículo 21 de la Directiva.

<sup>6</sup> El artículo 20 de la Directiva 2008/115 dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones para cumplir lo establecido en la misma a más tardar, el 24 de diciembre de 2010 y, por lo que respecta al artículo 13, apartado 4, antes del 24 de diciembre de 2011. En España, dentro de ese plazo, se adoptó la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 299, de 12 diciembre 2009), con el fin de adaptarla a la Directiva de retorno. Además, esta norma incorporaba la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo sobre el principio de proporcionalidad y la notificación de las sanciones de expulsión. *Vid.*, el artículo 57.1 de esta norma.

<sup>7</sup> *Vid.*, artículos 50 y ss. de la Ley de extranjería.

<sup>8</sup> *Ibidem*, artículo 57.1, que reza así: “*Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción*”

<sup>9</sup> *Ibidem*, artículo 53.1 a) en el que dispone que tendrá la consideración de infracción grave “*Encontrarse irregularmente en el territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente*”.

<sup>10</sup> *Ibidem*, artículo 55.3 de la Ley de extranjería

español de los ciudadanos de terceros estados, se encuentra la “... *falta de autorización para encontrarse en España*”<sup>11</sup>. Por lo tanto, la estancia de forma irregular en territorio español de un nacional de un tercer país podría conducir inexorablemente a su salida o expulsión si bien esta decisión dependerá, en última instancia, del órgano administrativo que adopte la resolución sancionadora. A mayor abundamiento, el Reglamento de la Ley de extranjería dispone que en las resoluciones administrativas que se dicten en los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España habrá de advertirse a los interesados “... *de la obligatoriedad de su salida del país* ...”<sup>12</sup>.

5. De este modo, cuando concurra alguno de estos supuestos, a pesar de que la sanción prevista en la Ley para las infracciones tipificadas como graves es una multa<sup>13</sup>, ésta podrá ser sustituida por la expulsión del extranjero del territorio español, si bien en ningún caso podrán imponerse ambas sanciones de forma conjunta, es decir, la multa y la expulsión<sup>14</sup>, como consecuencia de la naturaleza sancionadora de la expulsión y de la aplicación del principio *non bis in idem*<sup>15</sup>. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la propia norma dispone una serie de situaciones en las que, excepcionalmente, no se podrá imponer la sanción de expulsión<sup>16</sup>.

6. Así, la sanción de multa prevista en la Ley de extranjería permite que, en un plazo razonable, el extranjero pueda regularizar su situación mediante la obtención del correspondiente visado o autorización de residencia pero, en caso de no hacerlo, no le exime de la obligación de abandonar el territorio español ya que la permanencia ilegal constituye una infracción administrativa continuada y, siendo así, la acción ilícita no cesa con la imposición de la multa sino con la regularización de su situación o con su salida del territorio nacional<sup>17</sup>. En definitiva, la multa pecuniaria conlleva la salida voluntaria del país en un plazo determinado salvo que se haya regularizado la situación irregular por parte del extranjero. Y, de no ser así, entonces se dictará la orden de expulsión (compulsiva).

## B) Naturaleza jurídica del acto de expulsión

7. De acuerdo con la Ley de extranjería, el acto de expulsión como consecuencia de la estancia ilegal en España previa entrada de forma correcta reviste un carácter sancionador, por lo que la expulsión del territorio nacional podría ser calificada como una medida de naturaleza sancionadora<sup>18</sup>.

8. En este sentido, procede distinguir entre la expulsión -aplicable a los extranjeros que han entrado legalmente en España pero que, posteriormente, por dejar de cumplir las condiciones exigidas se encuentran en situación ilegal-, y la devolución -que implica la salida inmediata del país de aquellos extranjeros que hayan accedido al territorio español de manera ilegal-. En el primero de los supuestos,

<sup>11</sup> *Ibidem*, artículo 28.3.

<sup>12</sup> *Vid.*, artículo 24.1 del Reglamento de la Ley de extranjería.

<sup>13</sup> Artículo 55 de la Ley de extranjería.

<sup>14</sup> *Ibidem*, artículo 57.3.

<sup>15</sup> En relación a la consideración de la expulsión como una sanción, *Vid.*, las STS de 27 diciembre 2000 (RJ 2000/9674); 16 octubre 2001 (RJ 2001/7948); 2 junio 2003 (RJ 2003/3786); y 4 mayo 2004 (RJ 2004/2990).

<sup>16</sup> *Vid.*, artículo 57.5 de la Ley de extranjería.

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículo 28.3. que, en su apartado c) dispone que la salida de España será obligatoria en los supuestos de: “*Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España*”. En la doctrina, *Vid.*, por todos, J. A. HURTADO MARTÍNEZ, “La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores”, *Actualidad administrativa*, La Ley, nº 9, Mayo-Agosto 2008, p. 8; F. J. TORRUBIA DAVID, “La extranjería desde el punto de vista de la administración periférica del Estado: autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería”, en *Extranjería*, Manuales de Formación Continua, nº 10, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 199 y ss.

<sup>18</sup> C. TOLOSA TRIBIÑO, “Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, p. 165

tras la tramitación del correspondiente procedimiento procedería la expulsión y, en el segundo, sin necesidad de tramitar expediente sancionador alguno, la devolución<sup>19</sup>.

9. Sin embargo, y a pesar de lo señalado anteriormente, el Tribunal Supremo ha manifestado en su reiterada jurisprudencia que el acto de expulsión no constituye una sanción propiamente dicha sino la adopción de una medida limitativa de derechos consecuencia de la estancia ilegal de un ciudadano extranjero en territorio español<sup>20</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional concibe la expulsión no como una pena sino como una sanción administrativa o medida restrictiva de derechos; de los derechos de residencia y libre circulación reconocidos en nuestra Constitución<sup>21</sup>.

## 2. Derecho de la Unión Europea

### A) El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen<sup>22</sup> y el Código de fronteras Schengen (Reglamento 526/2006)<sup>23</sup>

10. Sin lugar a dudas, la interpretación de algunos preceptos del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen generaron en su momento algunos problemas al no establecer normas comunes en materia de retorno de los ciudadanos de terceros Estados que se encontrasen en situación irregular dentro del espacio Schengen. Al contrario, supeditaba la expulsión del ciudadano extranjero al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación nacional del Estado miembro donde hubiese sido aprehendido<sup>24</sup>. Es decir, que los ciudadanos que hubiesen entrado en el territorio Schengen provistos del correspondiente visado podrían ser expulsados bajo las condiciones del derecho nacional del Estado parte que fuese a proceder a la mencionada expulsión.

Esta circunstancia, podía plantear disfunciones en la aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea si se constataban divergencias importantes entre las condiciones establecidas por las diferentes legislaciones nacionales. Por ejemplo, cuando las garantías de los derechos fundamentales que todo proceso de expulsión debe respetar no fuesen equivalentes. Y, en ese caso, podría darse la paradoja de que los flujos migratorios se dirigiesen a aquellos estados más proteccionistas en materia de tutela judicial de los extranjeros expulsados o donde la normativa resultase más benévola para los inmigrantes<sup>25</sup>.

11. A su vez, desde la entrada en vigor del Reglamento 526/2006 (Código de fronteras Schengen)<sup>26</sup>, este ha venido coexistiendo con el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, si bien derogaba algunas de sus disposiciones, en concreto, las referidas al cruce de fronteras interiores y exteriores<sup>27</sup>. Por lo tanto, tampoco aportaba una solución satisfactoria el problema antes mencionado, a saber, la inexistencia de normas comunes en la Unión Europea sobre el retorno de los extranjeros.

<sup>19</sup> Vid. el artículo 58 de la Ley de extranjería.

<sup>20</sup> Vid., entre otras, las STS de 7 abril 1997 (RJ 1997/2405); y 18 marzo 2002 (RJ 2002/1961). Respecto a la naturaleza jurídica del acto de expulsión, Vid., D. CUADRADO ZULOAGA, "La expulsión de extranjeros del territorio nacional", Actualidad administrativa, La Ley, nº 14, julio 2008, pp. 2-3.

<sup>21</sup> Vid., las STC 25 noviembre 1997 (RJ 203/1997); y 31 enero 2000 (RJ 24/2000).

<sup>22</sup> Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DOCE L 239, de 22 septiembre 2000)

<sup>23</sup> *Ut supra*, nota 4.

<sup>24</sup> El artículo 23.3 del Convenio de aplicación del Convenio Schengen señalaba: "... el extranjero será expulsado del territorio del Estado de la Parte contratante donde haya sido aprehendido, en las condiciones establecidas en el Derecho nacional de dicha Parte contratante. Si la aplicación de tal Derecho no permitiera la expulsión, la Parte contratante de que se trate podría permitir la estancia del interesado en su territorio..."

<sup>25</sup> R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "¿Deben abandonar el territorio español ...", *loc. cit.*, p. 124.

<sup>26</sup> El 13 de octubre de 2006. Vid., el artículo 40 del Reglamento 526/2006.

<sup>27</sup> Derogaba los Capítulos I y II del título II referido a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas. Vid. el artículo 39 del Reglamento 562/2006.

## B) La Directiva 2008/115

12. Esta situación, sin embargo, se va a ver corregida a partir de la adopción de la Directiva 2008/115. A la vista de las dificultades existentes para establecer unas normas comunes sobre retorno por los Estados miembros, esta norma tiene como objetivo poner freno a esta situación mediante el establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación basada en unas normas comunes que permitan armonizar las legislaciones de los Estados miembros en esta materia. Y establece una política efectiva de retorno para aquellas situaciones en las que los nacionales de terceros Estados se encuentren de manera irregular en el territorio de la Unión, en definitiva, que no cumplan las condiciones de entrada de conformidad con el Código de fronteras Schengen, salvaguardando los derechos fundamentales y la protección de los derechos humanos<sup>28</sup>.

Para ello, al referirse a su relación con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, la Directiva sustituye las disposiciones del mismo que representaban un obstáculo para alcanzar el objetivo de implantar una política de retorno común en todos los Estados miembros<sup>29</sup>.

## III. Jurisprudencia de los tribunales españoles en esta materia: proporcionalidad y motivación de la sanción

13. Como ya he señalado, tanto la Ley de extranjería cuanto su Reglamento disponen que en los supuestos en los que las infracciones graves o muy graves hayan sido realizadas por extranjeros podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, y que para graduar la correspondiente sanción el órgano competente ha de ajustarse a criterios de proporcionalidad.

14. Pues bien, la interpretación del requisito de proporcionalidad de la sanción no ha estado exenta de polémica debido, principalmente, a las diferentes líneas interpretativas marcadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia durante los últimos años<sup>30</sup>. Sin embargo, el TS procedió a clarificar y unificar esta interpretación señalando que en el sistema normativo de la Ley de extranjería la sanción principal aplicable a un extranjero con motivo de su estancia irregular en España era la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad del artículo 57.1 a los que antes me he referido.

Por el contrario, la expulsión, como sanción más grave y secundaria, ha de ser objeto de una motivación específica basada en el carácter reglado que reviste la potestad sancionadora de la Administración, y siempre que esta situación vaya más allá de la simple permanencia ilegal del extranjero en territorio español<sup>31</sup>. Y, en estos casos, corresponde a la Administración especificar “*las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y ... las circunstancias jurídicas o fácticas que concurran para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa*”<sup>32</sup>.

15. De conformidad con esta jurisprudencia, corresponderá aplicar la sanción de expulsión en aquellos supuestos de especial gravedad donde se ponga de manifiesto la culpabilidad y el ánimo transgresor del extranjero, por ejemplo, por la ausencia de cualquier autorización y documentación que pu-

<sup>28</sup> *Vid.*, los Considerandos 2, 4, 5, 20 y 25, así como el artículo 1 de la Directiva 2008/115.

<sup>29</sup> Se trata de los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. *Vid.* el artículo 21 de la Directiva 2008/115.

<sup>30</sup> Un buen elenco de las Sentencias y diferentes opiniones mantenidas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia se pueden encontrar en C. TOLOSA TRIBIÑO, “Exigencia de motivación en materia de expulsión ...”, *loc. cit.*, pp. 166-170.

<sup>31</sup> R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Deben abandonar el territorio español ...”, *loc. cit.*, p. 126.

<sup>32</sup> *Vid.*, al respecto, las STS 22 diciembre 2005 (RJ 2005/8138 y RJ 2005/7811); 27 enero 2006 (RJ 2006/143); 10 febrero 2006 (RJ 2006/536); 29 septiembre 2006 (RJ 2006/5642); 28 septiembre 2007 (RJ 2007/6060); 23 noviembre 2007 (RJ 2007/7881); 20 diciembre 2007 (RJ 2007/8566); 9 enero 2008 (RJ 2008/39); 24 junio 2008 (RJ 2008/3155); y 28 noviembre 2008 (RJ 2008/6172), entre otras.

diese acreditar su situación legal en España y, en definitiva, por el incumplimiento voluntario de las obligaciones legales que le impone la legislación de extranjería<sup>33</sup>.

Consecuentemente, la expulsión como sanción (alternativa) a la multa procederá únicamente en aquellos casos en los que concurran circunstancias agravantes en las personas que han cometido una infracción grave. Teniendo en cuenta las condiciones exigidas a los nacionales de terceros países para entrar y disfrutar de una estancia que no exceda de tres meses en el territorio de un Estado miembro, entre los elementos negativos identificados por el TS para que puedan ser tomados en consideración como agravantes para justificar su posible expulsión se pueden citar los siguientes: la ausencia de documentación que facilite la identificación del interesado<sup>34</sup>; la existencia de antecedentes policiales<sup>35</sup>; la existencia de diligencias penales<sup>36</sup>; la utilización de un documento a nombre de un tercero<sup>37</sup>; la existencia de una orden de salida incumplida<sup>38</sup>; o de una prohibición de entrada en territorio Schengen<sup>39</sup>.

**16.** Junto a la aplicación del principio de proporcionalidad también se exige la motivación de la resolución sancionadora adoptada, consistente en indicar las razones en las que se basa la imposición de la sanción de expulsión como sanción más grave. Se impone, por tanto, un deber de motivación de forma expresa no siendo suficiente que la administración pueda elegir entre multa o expulsión. Al contrario, cuando no concurran otras circunstancias la Administración estará obligada a la imposición de la sanción principal, es decir, la pecuniaria<sup>40</sup>.

Ahora bien, no es preciso que esta motivación conste en la resolución administrativa, pues bastará con que puedan apreciarse del expediente administrativo incoado los datos negativos sobre la conducta del interesado que puedan justificar la expulsión del mismo del territorio nacional<sup>41</sup> ya que, de lo contrario, “resultaría en exceso formalista despreciar esta motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo”, tal y como ha señalado el TS<sup>42</sup>.

**17.** En similares términos, se ha manifestado el TC afirmando que la elección entre multa o expulsión no es discrecional sino reglada. De este modo, considera que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos y unos criterios de aplicación, como los previstos en la Ley de extranjería, que la Administración habrá de tomar en consideración para determinar la imposición de la sanción de expulsión, concretando así el principio de proporcionalidad<sup>43</sup>.

Pues bien, las garantías procesales reconocidas en la Constitución son igualmente aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores; garantías que incluyen el deber de motivación por

<sup>33</sup> D. CUADRADO ZULOAGA, “La expulsión de extranjeros ...”, *loc. cit.*, pp. 8-9

<sup>34</sup> *Vid.*, STS 23 octubre 2007 (RJ 2007/6962); 26 diciembre 2007 (RJ 2007/8567); y 31 enero 2008 (RJ 2008/267).

<sup>35</sup> *Vid.*, STS 22 diciembre 2005 (RJ 2005/8138); y 19 mayo 2006 (RJ 2006/3117).

<sup>36</sup> *Vid.*, STS 19 diciembre 2006 (RJ 2006/8219).

<sup>37</sup> *Vid.*, STS 31 enero 2006 (RJ 2006/280); y 25 octubre 2007 (RJ 2007/6969).

<sup>38</sup> *Vid.*, STS 22 febrero 2007 (RJ 2007/1230); y 25 octubre 2007 (RJ 2007/6969).

<sup>39</sup> *Vid.*, STS 4 octubre 2007 (RJ 2007/6676 y RJ 2007/6679).

<sup>40</sup> R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Deben abandonar el territorio español ...”, *loc. cit.*, p. 127.

<sup>41</sup> *Vid.* las STS 22 diciembre 2005 (RJ 2005/8138); y 28 septiembre 2007 (RJ 2007/6060). *Cfr.*: C. TOLOSA TRIBIÑO, “Exigencia de motivación en materia de expulsión ...”, *loc. cit.*, p. 172, quien considera que si bien la resolución del TS, de 22 de diciembre de 2005, resulta *eficaz y jurídicamente práctica* no cumple, sin embargo, con la finalidad de dar a conocer al administrado el fundamento del acto que le interesa necesario para su posterior defensa y el ejercicio del derecho fundamental a la tutela efectiva.

<sup>42</sup> *Vid.*, las STS 28 septiembre 2007 (RJ 2007/6060); 23 noviembre 2007 (RJ 2007/7881); 24 junio 2008 (RJ 2008/3155); y 28 noviembre 2008 (RJ 2008/6172).

<sup>43</sup> *Vid.*, por todas, las STC 20 diciembre 2007 (RJ 260/2007), FJ 4º; y 26 noviembre 2009 (RJ 212/2009), FJ 4º, donde señala: “... la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave (art. 53.a de la Ley Orgánica 4/2000) y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley ...”. *Cfr.*: M.I. RAMOS QUINTANA, “Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 19, 2008, p.78, que cuestiona los presupuestos subjetivos que el TC entiende establecidos en la ley, así como los criterios para aplicar los mismos, concluyendo que “el sistema deja abierta una puerta a actuaciones administrativas de dudosa adecuación a los principios constitucionales y se apoya en un deficitario control jurisdiccional de tales actuaciones”.

lo que, como bien señala el TC, el “*deber de motivación en el ámbito sancionador incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica sino también la sanción a imponer, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad*”<sup>44</sup>.

En fin, por lo que al alcance del deber de motivación se refiere, el TC ha declarado que ha de incluir tanto la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica cuanto la sanción a imponer. Consiguientemente, la Administración está obligada a “*hacer expresas las razones por las que, valorando los criterios establecidos legalmente para la graduación de las sanciones, se opta en el caso concreto por la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión*”<sup>45</sup>.

#### IV. Estado de la cuestión en la doctrina del TJUE

##### 1. Con anterioridad a la Directiva 2008/115

###### A) Sanción de multa por estancia irregular y su compatibilidad con el Derecho comunitario: los asuntos *Zurita García y Choque Cabrera*

18. Este litigio, traía causa de sendas cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia a raíz de los recursos planteados contra dos sentencias desestimatorias que, a su vez, resolvían los recursos presentados contra las resoluciones adoptadas por las autoridades españolas en las que se expulsaba del territorio español a dos nacionales bolivianos, la Sra. Zurita y el Sr. Choque, y se les prohibía la entrada en el espacio Schengen por un período de cinco años. Tras haberse constatado que estas personas se encontraban en situación irregular en España, pues en ese momento no cumplían los requisitos de estancia, es decir, carecían de la prórroga de estancia o tenían caducada más de tres meses la autorización de residencia, se les imputaba la comisión de una falta grave que, de conformidad con la Ley de extranjería, daba lugar a su expulsión del territorio nacional.

19. A examinar la compatibilidad de la Ley de extranjería con las disposiciones de derecho comunitario vigentes en ese momento, el TJUE consideró que las autoridades españolas no estaban obligadas a expulsar a los nacionales de terceros Estados que se encontrasen en situación irregular en España porque el Derecho comunitario no preveía una obligación de expulsión para supuestos como los que se planteaban, al contrario, daba prioridad a la salida voluntaria de los nacionales de terceros Estados que se encontrasen en situación irregular en el territorio de la Unión Europea. Además, en un supuesto de expulsión, está tendría que hacerse en las condiciones y modalidades de expulsión previstas en la legislación nacional del Estado miembro implicado<sup>46</sup>.

Por consiguiente, señalaba el TJUE que las disposiciones de Derecho comunitario no imponían a un Estado miembro la resolución de expulsión contra el nacional de un tercer Estado que se encontrase en situación irregular en dicho Estado miembro. Confirmando, así, la posibilidad de elección entre multa o expulsión<sup>47</sup>.

20. Sin lugar a dudas, esta decisión ponía de manifiesto la compatibilidad de la normativa española con el Derecho de la Unión Europea, si bien en la misma no se analizaba la Directiva 2008/115 pues, aunque ya se encontraba en vigor cuando el TJUE pronunció su Sentencia, se había adoptado con posterioridad al momento en el que sucedieron los hechos que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

<sup>44</sup> *Vid.*, las STC 26 enero 2009 (RJ 17/2009) FJ 2º; 15 junio 2009 (RJ 140/2009) FJ 3º; y 26 noviembre 2009 (RJ 212/2009), FJ 4º.

<sup>45</sup> STC 15 junio 2009 (RJ 140/2009), FJ 5º.

<sup>46</sup> *Vid.*, la STJUE *Zurita García y Choque Cabrera*, *cit.*, apartados 60 a 64.

<sup>47</sup> *Ibidem*, apartado 48.

**21.** De esta forma, las consecuencias que podían inferirse de esta sentencia eran las siguientes:

- a) Que la expulsión del nacional de un tercer país del territorio de un Estado miembro, con motivo de su estancia irregular en el mismo, venía impuesta por las autoridades nacionales del Estado miembro de referencia siempre que el afectado no hubiese podido refutar la presunción de no reunir las condiciones de duración de la estancia aplicables en el Estado miembro en cuestión.
- b) Que no podía establecerse una relación directa causa-efecto entre la estancia irregular del nacional de un tercer estado y su expulsión del territorio comunitario, pues las autoridades de los Estados miembros no tenían la obligación de expulsar de su territorio a los nacionales de terceros países que se encontrasen en situación irregular. Por el contrario, la sanción de expulsión de su territorio debía considerarse como una facultad que les concede el Derecho de la Unión Europea y que las autoridades nacionales podían ejercer tomando en consideración las circunstancias agravantes que concurriesen en cada caso.
- c) Que la normativa española de aplicación, la Ley de extranjería, se ajustaba al Derecho de la Unión Europea al permitir a las autoridades españolas imponer una multa al nacional de un tercer país que realice conductas tipificadas como muy graves como, por ejemplo, encontrarse en situación irregular en España, pudiendo sustituir esa sanción por una más grave cuál es la expulsión atendiendo al principio de proporcionalidad<sup>48</sup>.

## 2. A partir de la aplicación de la Directiva 2008/115

### A) ¿Es posible sancionar la estancia irregular con una multa que puede ser sustituida por la expulsión?: el asunto *Md Sagor*<sup>49</sup>

**22.** Unos años después, estando ya en vigor la Directiva 2008/115, se elevó una cuestión similar ante el TJUE con ocasión de la detención en Italia del Sr. Sagor, ciudadano de Bangladesh que se encontraba en ese país en situación irregular ya que carecía de domicilio y permiso de residencia en Italia. En este caso, el Tribunal italiano, Tribunale di Rovigo, debía sancionar la situación irregular del Sr. Sagor con la pena establecida por el artículo 10 *bis* del Decreto Legislativo n° 286/1998<sup>50</sup> donde dispone que, salvo que los hechos sean constitutivos de un delito más grave, el extranjero que entre o permanezca en el territorio italiano incumpliendo las disposiciones de esa norma será sancionado con una multa.

Se dilucidaba en este caso la compatibilidad de la normativa italiana con la Directiva 2008/115 y, en particular, si la Directiva se oponía a una normativa como la italiana que sanciona la estancia irregular de nacionales de terceros países con la imposición de una multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión o de arresto domiciliario<sup>51</sup>.

Porque de la redacción de la norma italiana se desprende que la imposición de la multa y la orden de expulsión administrativa no son incompatibles, de tal forma que, como señala el TJUE, la imposición de la pena de multa no impide la adopción de la decisión de retorno en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2008/115. Esta era, sin duda, la diferencia sustancial con la Ley de extranjería española cuando dispone que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa<sup>52</sup>, y que había sido objeto de interpretación en los asuntos *Zurita García y Choque Cabrera*.

<sup>48</sup> R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Deben abandonar el territorio español ...”, *loc. cit.*, pp. 132-134.

<sup>49</sup> STJUE de 6 diciembre 2012, asunto C-430/11, *MD Sagor*, ECLI:EU:C:2012:777.

<sup>50</sup> Decreto Legislativo 25 julio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. (GU Serie Generale n.191 del 18-08-1998 - Suppl. Ordinario n. 139), en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1998/08/18/098G0348/sg>

<sup>51</sup> Recordemos la semejanza de esta disposición del Decreto Legislativo n° 286/1998 italiano con el artículo 57.1 de la Ley de extranjería.

<sup>52</sup> Artículo 57.3 de la Ley de Extranjería.

23. Luego, el TJUE tuvo ocasión de aclarar algunos aspectos importantes en esta materia manifestando que el hecho de que la expulsión del ciudadano que se encuentre en situación irregular se efectúe en el marco de un procedimiento penal, tal y como establece la normativa italiana, no es contrario a lo dispuesto en la Directiva<sup>53</sup>.

Asimismo, consideraba que tampoco la concesión de un plazo para que el interesado pudiese llevar a cabo su salida voluntaria del territorio italiano, en el que se encontraba en situación irregular, constituía una circunstancia incompatible con las disposiciones de la Directiva, pues esta norma prevé que los Estados miembros puedan abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria<sup>54</sup>.

Para concluir, que la imposición de una pena pecuniaria no ha de ser impedimento u obstáculo para que se pueda cumplir con el objetivo de la Directiva, a saber, llevar a cabo la decisión de retorno<sup>55</sup>. Consecuentemente, señalaba que la Directiva 2008/115 “*no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión*”<sup>56</sup>.

24. A mi modo de ver, la sustitución de la multa por la pena de expulsión que prevé la normativa italiana concuerda plenamente con lo dispuesto en la Directiva 2008/115 que permite a los Estados miembros dictar una decisión de retorno contra los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular<sup>57</sup>. Porque, tal y como declara el TJUE, la imposición de la multa no impide que pueda dictarse, al mismo tiempo, la orden de expulsión. Además, en este caso, la norma italiana podría interpretarse a la luz de la letra de las disposiciones de la Directiva que impone la decisión de retorno en casos de situación irregular.

Por el contrario, el problema podría plantearse si la imposición de la multa o la expulsión dependiesen de la apreciación de circunstancias agravantes como sucede en el caso de la Ley de extranjería, a saber, la concurrencia de elementos negativos para determinar la expulsión como sanción (alternativa) a la multa, pues en ese caso hay que optar por una u otra siendo ambas medidas excluyentes entre sí. Y, en el supuesto de optar por la imposición de la multa, no cabe duda de que podría plantearse una clara divergencia entre la normativa nacional y el objetivo perseguido por la Directiva, a saber, el retorno de las personas que se encuentren en situación irregular en el territorio de la Unión.

## B) ¿Son compatibles la sanción de multa y la expulsión?: el asunto *Zaizoune*<sup>58</sup>

25. Esta era la pregunta que se planteaba en una nueva cuestión prejudicial elevada por un órgano jurisdiccional español, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con el fin de aclarar la compatibilidad de la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115.

El asunto *Zaizoune* traía causa de una cuestión prejudicial planteada a raíz del procedimiento administrativo de expulsión del territorio español, con la prohibición de entrada durante cinco años, incoado por las autoridades españolas contra este ciudadano marroquí al constatar su situación irregular en nuestro país de conformidad con lo dispuesto en la Ley de extranjería<sup>59</sup>.

26. En la misma, el TJUE declaró que, de conformidad con los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/115, es decir, el establecimiento de una política eficaz común de expulsión y repatriación del territorio de la Unión Europea, salvo en aquellos supuestos en los que sea de aplicación alguna de las

<sup>53</sup> STJUE *MD Sagor*, *cit.*, apartado 39.

<sup>54</sup> *Vid.* el artículo 7 de la Directiva 2008/115, y la STJUE *MD Sagor*, *cit.*, apartados 40 y 41.

<sup>55</sup> STJUE *MD Sagor*, *cit.*, apartado 36.

<sup>56</sup> *Ibidem*, apartado 47.

<sup>57</sup> *Vid.*, el artículo 6 de la Directiva 2008/115.

<sup>58</sup> STJUE de 23 abril 2015, asunto C-38/14, *Zaizoune*, ECLI:EU:C:2015:260.

<sup>59</sup> *Vid.*, el artículo 53.1 a) de la Ley de extranjería.

excepciones que la propia Directiva establece<sup>60</sup>, las autoridades españolas debían adoptar una decisión de retorno y, de no cumplirse por el interesado, proceder a su expulsión del territorio nacional.

27. En el fallo, se ponía de manifiesto la disconformidad de la Ley de extranjería -que sigue manteniendo la posibilidad de sancionar la situación irregular de los extranjeros en España con la imposición de una multa (como sanción principal) y, únicamente en aquellos casos en los que concurran especiales circunstancias de gravedad, con la expulsión- con la Directiva 2008/115 que impone a los Estados miembros la adopción de una decisión de retorno contra los nacionales de terceros Estados que se encuentre en situación irregular en su territorio<sup>61</sup>. Porque, tal y como señalaba el TJUE, la aplicación de la normativa nacional podía poner en peligro la realización de los objetivos de la Directiva y su “efecto útil”<sup>62</sup>.

Por otra parte, a la luz de las disposiciones de la Directiva, los Estados no pueden establecer excepciones más favorables cuando estas desvirtúen el objetivo principal de la norma<sup>63</sup>, ni imponer sus propias excepciones diferentes a las señaladas en la Directiva<sup>64</sup>.

Por todo ello, el TJUE afirmaba que el sistema arbitrado por la Ley de extranjería -la imposición de una sanción de multa o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí, dependiendo de las circunstancias-, no estaba en consonancia con la Directiva 2008/115<sup>65</sup>.

28. En mi opinión, el fundamento de esa interpretación reside en el hecho de que la normativa española, al contrario de lo que sucede con la italiana previamente analizada en el asunto *Md Sagor*, prevé que la situación irregular de ciudadanos de terceros estados sea sancionada exclusivamente mediante una multa que es incompatible con la expulsión Y, solamente, en el caso de existir circunstancias agravantes adicionales, permite aplicar la medida de expulsión. Situación que choca frontalmente con el objetivo que persigue la Directiva cuando establece la obligación de adoptar una decisión de retorno en esas circunstancias, salvo que puedan aplicarse las excepciones previstas en la propia norma.

29. Por consiguiente, si asumimos que aplicando la normativa española se puede privar a la Directiva 2008/115 de su efecto útil<sup>66</sup>, únicamente se pueden plantear dos vías de actuación: en primer lugar, la modificación de la Ley de extranjería adaptando su contenido a la Directiva; en segundo lugar, la interpretación por parte de los jueces y tribunales españoles de la normativa española, en la medida en que sea posible, a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva para llegar a una solución conforme al objetivo perseguido por la mencionada norma<sup>67</sup>. Si bien, esta última opción presenta problemas jurídicos de gran calado a los que me referiré más adelante, entre ellos, el conflicto que plantea la interpretación de la normativa nacional a la luz de la Directiva con la doctrina del efecto directo vertical establecida por el TJUE cuando se invoque desde la administración frente a los administrados.

<sup>60</sup> STJUE *Zaizoune*, cit., apartados 30 y 31.

<sup>61</sup> *Vid.*, el artículo 6.1 de la Directiva 2008/115.

<sup>62</sup> STJUE *Zaizoune*, cit., apartado 39.

<sup>63</sup> *Ibidem*, apartado 36. *Vid.* el artículo 4, apartados 2 y 3 de la Directiva 2008/115.

<sup>64</sup> STJUE *Zaizoune*, cit., apartados 29, 31, 32 y 36. *Vid.*, el artículo 6, apartados 2 al 5 de la Directiva 2008/115.

<sup>65</sup> Así, el fallo del TJUE en el asunto *Zaizoune*, cit. dispone: “*La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí*”.

<sup>66</sup> Tal y como dispone la STJUE *MD Sagor*, cit., en su apartado 32: “... un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y privar a ésta de su efecto útil...”.

<sup>67</sup> Así lo manifestó el TJUE en su Sentencia de 13 noviembre 1990, asunto C-106/89, *Marleasing*, Rec. 1990, p. I-4135.

## V. Aplicación de la doctrina *Zaizoune* por los tribunales españoles

30. A raíz de esta Sentencia, la doctrina *Zaizoune* ha sido acogida por la mayoría de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; de los Tribunales Superiores de Justicia; y del Tribunal Supremo, con un resultado dispar<sup>68</sup>. En unos casos, orillando la aplicación de la Ley de extranjería en favor de la aplicación de la Directiva, al amparo de la doctrina de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre las legislaciones nacionales desarrollada por el TJUE<sup>69</sup> y del efecto directo de las directivas cuando contengan disposiciones directamente aplicables, siempre que sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionales. Esta sería la posición que ha venido manteniendo nuestro Tribunal Supremo.

31. En otros, manteniendo la aplicación de la Ley de extranjería al considerar que no procedía aplicar el efecto directo de la norma comunitaria, ni tampoco la interpretación de la mencionada Ley de conformidad con la Directiva cuando perjudique a los derechos de los extranjeros. Esta ha sido la línea seguida por las decisiones de algunos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

### 1. La controvertida interpretación defendida por el Tribunal Supremo

32. A medida que los recursos planteados frente a las decisiones de los TSJ iban llegando al TS, este fue aplicando la doctrina *Zaizoune* provocando un cambio radical en lo que hasta ese momento había venido siendo su línea jurisprudencial en esta materia.

33. El TS, haciéndose eco de la supuesta incompatibilidad de la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115, ha manifestado en estos recursos que, a la luz del efecto directo de la Directiva, lo procedente es la expulsión de los ciudadanos que se encuentren en situación irregular en España salvo que concurra la aplicación de alguna de las excepciones previstas en la propia norma. Descartando, de este modo, sancionar la permanencia irregular en España con la imposición de la sanción de multa prevista en la norma nacional que resulta más favorable para el extranjero. Y lo ha hecho de diferentes formas, si bien todas ellas confluyen en la idea de no aceptar la alternativa entre multa o expulsión, contemplando únicamente esta última.

De esta manera, el TS considera que “... según la interpretación del Tribunal de Justicia, la Directiva 2008/115/CE impone a los Estados miembros, ante la constatación de la situación de estancia irregular de un nacional de un tercer estado, la adopción de una decisión de retorno [...] sin que tales consecuencias puedan ser sustituidas por una sanción de multa excluyente de la decisión de retorno y sin perjuicio de aplicar las excepciones que el propio artículo 6 de la Directiva contempla en sus apartados 2 a 5.”<sup>70</sup>

Y aboga por imponer, a partir de ese momento, la sanción de expulsión, pues según su parecer la Sentencia del TJUE impide la aplicación de la Ley de extranjería y, en particular, el artículo 53.1º. a), en relación con los artículos 55.1º. b) y 57. 1º, que permiten optar entre la sanción de multa o expulsión<sup>71</sup>.

34. Asimismo, el TS rechaza la posibilidad de que los supuestos de excepción que prevé la propia Directiva puedan tomarse en consideración con el fin de aplicar alternativamente la sanción de

<sup>68</sup> *Vid.*, a modo de ejemplo, las siguientes STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, 5 junio 2017 (RJ 2017/7559); de Granada, 16 enero 2018 (RJ 2018/1311); y de Santander, 15 de marzo 2019 (RJ 2019/190).

<sup>69</sup> STJUE de 15 julio 1964, asunto 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. 1964, p. 585; y de 9 marzo 1978, asunto 106/77, *Simmenthal*, Rec. 1978, p. 629.

<sup>70</sup> *Vid.*, al respecto, las STS, Sala de lo Contencioso, 12 junio 2018 (RJ 2018/252); 3 julio 2018 (RJ 2018/2772); 4 diciembre 2018 (RJ 2018/4270); 19 diciembre 2018 (RJ 2018/4387); 21 enero 2019 (RJ 2019:250); 8 febrero 2019 (RJ 2019:479); 30 mayo 2019 (RJ 2019/1813); y 3 junio 2019 (RJ 2019/1813).

<sup>71</sup> *Vid.*, las numerosas decisiones de la Sala de lo Contencioso del TS en las que ha ido ratificando esta doctrina: 19 diciembre 2018 (RJ 2018/4387 y RJ 2018/4386); 17 julio 2019 (RJ 2019/2715 y RJ 2019/2713); 18 julio 2019 (RJ 2019/2712, RJ 2019/2711 y RJ 2019/2709); 19 septiembre 2019 (RJ 2019/2872); 26 septiembre 2019 (RJ 2019/3062); 24 octubre 2019 (RJ 2019/3413); 20 noviembre 2019 (RJ 2019/3781); 24 septiembre 2019 (RJ 2019/3274 y RJ 2019/3273); 22 octubre 2019 (RJ 2019/3417); y 24 octubre 2019 (RJ 2019:3416).

multa, pues la interpretación de la Directiva 2008/115 a la luz de la Sentencia *Zizoune* “... *determina que la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 44/2000 consiste en decretar la expulsión ...*”<sup>72</sup>, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción<sup>73</sup>.

**35.** Por último, es importante señalar que el TS ha considerado la aplicación de esta doctrina con carácter retroactivo, es decir, a hechos acaecidos y a procedimientos iniciados con anterioridad a la Sentencia *Zaizoune*<sup>74</sup>.

**36.** En definitiva, el TS recurre a los principios de primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno y efecto directo de las directivas consagrado en la jurisprudencia del TJUE. Si bien, la aplicación de estos principios ha de ser matizada ya que, en mi opinión, la doctrina del TS choca frontalmente con el sistema de aplicación del Derecho de la Unión Europea que el TJUE ha pergeñado en su doctrina a lo largo de los años. De una parte, respecto al efecto directo vertical que puede atribuirse a las Directivas cuando, transcurrido el plazo previsto para su incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales, un Estado miembro no las haya incorporado o lo hubiese hecho de forma incorrecta; y, de otra, por lo que se refiere a la legitimación de la administración y los administrados en ese escenario para instar la aplicación directa de una directiva, o para solicitar de los tribunales nacionales la interpretación de la legislación nacional conforme a la misma.

**37.** Y, de esta manera, bendiciendo la imposición de la sanción de expulsión con prohibición de entrada en territorio español, el TS niega la posibilidad de que los extranjeros puedan regularizar su situación a partir de la imposición de la sanción de multa. Y con ello, cambia la línea doctrinal que había venido aplicando hasta ese momento propiciando la anulación de las sentencias de los TSJ recurridas en las que estos últimos mantenían la tesis contraria, es decir, la improcedencia de aplicar el efecto directo de la Directiva 2008/115 frente a la normativa nacional en los supuestos de expulsión del territorio español de ciudadanos de terceros estados por estancia irregular. Las consecuencias prácticas resultan evidentes: se han producido situaciones injustas que hubiesen podido evitarse con la aplicación de la Ley de extranjería.

## 2. El análisis llevado a cabo por los Tribunales Superiores de Justicia

**38.** Si bien es cierto que en la doctrina de nuestros TSJ no existe unanimidad en esta materia, algunos de ellos han venido aplicando la doctrina *Zaizoune* de manera acertada, según mi parecer.

**39.** De esta manera, encontramos decisiones en las que los TSJ aluden a la primacía y el efecto directo del Derecho de la Unión para aplicar la Directiva 2008/115 desplazando la aplicación de la Ley de extranjería<sup>75</sup>. En otras ocasiones, los TSJ han defendido la interpretación de la normativa española a la luz de la Directiva y, de no ser posible, aplican directamente la propia Directiva, de nuevo, en detrimento de la Ley de extranjería<sup>76</sup>. En definitiva, no son pocas las decisiones de los TSJ en los que estos han dejado de aplicar la sanción de multa prevista en el artículo 57 de la Ley de extranjería acordando la expulsión del territorio nacional de los ciudadanos que se encontraban en situación irregular<sup>77</sup>.

**40.** Sin embargo, algunos TSJ comenzaron a cuestionarse el efecto directo de la Directiva 2008/115 y a fundamentar en sus decisiones que no era posible cuando fuese en perjuicio de los nacio-

<sup>72</sup> STS, Sala de lo Contencioso, 15 octubre 2019 (RJ 2019/3317).

<sup>73</sup> STS, Sala de lo Contencioso, 4 diciembre 2018 (RJ 2018/4270).

<sup>74</sup> STS, Sala de lo Contencioso, 19 diciembre 2018 (RJ 2018/4387).

<sup>75</sup> *Id.*, la STSJ de Cantabria, 15 marzo 2019 (RJ 2019/190); y la STSJ de Andalucía, Granada, 16 enero 2018 (RJ 2018/1311).

<sup>76</sup> *Id.*, la STSJ de Madrid, 5 junio 2017 (RJ 2017/7559).

<sup>77</sup> J.L. RODRIGUEZ CANDELA, “Interpretación y seguimiento de la STJUE de 23 de abril de 2015 (*Zaizoune*)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019, pp. 73-74.

nales de terceros estados. En consecuencia, siguieron aplicando la Ley de extranjería e imponiendo la sanción de multa cuando se daban los requisitos establecidos en esa norma, invocando, entre otros, los siguientes argumentos: la inaplicabilidad directa de la Directiva 2008/115 en perjuicio de los nacionales de terceros estados<sup>78</sup>; que la administración no puede aplicar una directiva comunitaria cuando haya sido incorporada de forma incorrecta en su ordenamiento jurídico interno<sup>79</sup>; que la interpretación de la normativa nacional a la luz de una directiva tiene un límite cuando ello conduce a agravar la responsabilidad administrativa sancionadora<sup>80</sup>; que la eficacia directa de las directivas únicamente puede generar derechos que pueden invocar los particulares frente al Estado<sup>81</sup>, pero no al contrario<sup>82</sup>; que un Estado no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone una directiva no transpuesta<sup>83</sup>; o que la Sentencia *Zaizoune* no altera el marco de la resolución sancionadora dictada con base a lo previsto en la Ley de extranjería<sup>84</sup>.

En definitiva, aplicando de forma correcta la doctrina del TJUE respecto al efecto directo de las directivas y apartándose de la línea jurisprudencial instaurada por el TS en sus decisiones a raíz de la Sentencia *Zaizoune*<sup>85</sup>.

**41.** De esta manera, en la práctica totalidad de los recursos de casación resueltos por el TS en los dos últimos años, las sentencias de apelación dictadas por los TSJ que eran objeto de casación anulaban la resolución administrativa dictada en primera instancia en la que se acordaba la expulsión sustituyéndola por la imposición de una multa. Seguían aplicando, de este modo, la Ley de extranjería, frente a la Directiva al considerar que no era de aplicación su efecto directo.

## VI. ¿El desenlace esperado?

**42.** Como colofón a todo este proceso, la Sentencia del TJUE en el asunto *MO*, dictada a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha ha venido a aportar algo de luz en este entramado de resoluciones divergentes que han venido adoptando nuestros tribunales hasta la fecha. En este sentido, la mencionada decisión, que trata de clarificar las consecuencias de la Sentencia *Zaizoune*, ponía de manifiesto la incorrecta aplicación que se ha venido haciendo de la Directiva 2008/115, al socaire de su efecto directo, por parte del TS a raíz de la Sentencia *Zaizoune*.

### 1. El asunto *MO*<sup>86</sup> y la ausencia de efecto directo vertical de la Directiva 2008/115

**43.** Esta Sentencia trae causa de un procedimiento instado por las autoridades españolas, en concreto, la Subdelegación del Gobierno de Toledo, en el que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Extranjería<sup>87</sup>, dictó una decisión de expulsión contra un ciudadano colombiano con prohibición de rein-

<sup>78</sup> STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 11 abril 2018, (RJ 2018/4110Id); y 4 julio 2018 (RJ 2018/6034Id).

<sup>79</sup> STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 30 mayo 2018 (RJ 2018/6598Id).

<sup>80</sup> STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 5 febrero 2018 (RJ 2018/1493Id).

<sup>81</sup> STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 26 abril 2017 (RJ 2017/4515Id); y 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047Id).

<sup>82</sup> STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 26 abril 2017 (RJ 2017/4515Id); 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047Id); y 22 diciembre 2017 (RJ 2017/14132Id).

<sup>83</sup> STSJ Sala de lo Contencioso, de Madrid, 16 mayo 2018 (RJ 2018/4580Id).

<sup>84</sup> STSJ Sala de lo Contencioso del País Vasco, 18 abril 2018 (RJ 2018/1207Id); 28 febrero 2018 (RJ 2018/624Id); y 5 junio 2018 (RJ 2018/2198Id).

<sup>85</sup> *Vid.*, por todas, las STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, 22 diciembre 2017 (RJ 2017/14132); 11 abril 2018 (RJ 2018/4110); 5 febrero 2018 (RJ 2018/1493); 26 abril 2017 (RJ 2017/4515); 4 julio 2018 (RJ 2018/6034); 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047); 22 diciembre 2017 (RJ 2017/14118); 7 marzo 2018 (RJ 2018/2171); 16 mayo 2018 (RJ 2018/4580). Así como las STSJ del País Vasco, sección segunda, 18 abril 2018 (RJ 2018/1207); 28 febrero 2018 (RJ 2018/624); 5 junio 2018 (RJ 2018/2198); y 29 mayo 2018 (RJ 2018/1640).

<sup>86</sup> STJUE de 8 octubre 2020, asunto C-568/19, *MO*, (no publicado aún).

<sup>87</sup> Artículo 53.1, a) de la Ley de extranjería.

greso en territorio nacional durante cinco años por encontrarse de forma irregular en nuestro país, pues se encontraba indocumentado. Para ello, el subdelegado del gobierno invocaba la doctrina de nuestro TS con el fin de justificar su expulsión, alegando la existencia de un elemento negativo de la conducta del interesado, a saber, la ausencia de justificación de su entrada en España por puesto habilitado, así como el tiempo que llevaba en nuestro país.

Contra esta decisión, el interesado interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo, recurso que fue desestimado y, posteriormente, recurso de apelación contra esta sentencia ante el TSJ de Castilla-La Mancha.

44. El TSJ, sin embargo, albergaba dudas acerca de la doctrina que venía aplicando el TS a raíz de la Sentencia *Zaizoune*, en la que respaldaba la práctica de las autoridades administrativas y judiciales que aplicaban la Directiva 2008/111 en lugar de las disposiciones de la Ley de extranjería, contraviniendo, así, la doctrina del TJUE que no reconoce la aplicación directa de las directivas cuando sea en perjuicio de los particulares.

Por todo ello, solicitó una decisión acerca de los límites del efecto directo de las directivas y, en particular, respecto a la compatibilidad de la Directiva 2008/115 con la Ley de extranjería cuya aplicación, tal y como ya había manifestado en su decisión *Zaizoune*, podía “... frustrar la aplicación de las normas y procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115...”<sup>88</sup>.

45. El TJUE, invocando su doctrina, recuerda en esta Sentencia que la aplicación del derecho interno a la luz de la letra y finalidad de las directivas tiene como finalidad alcanzar el resultado que las mismas persiguen<sup>89</sup>.

Empero, ello no será posible cuando esa interpretación vaya en perjuicio de los interesados porque las directivas, al contrario de lo que sucede con otras normas de derecho derivado como los Reglamentos, no crean obligaciones a cargo de los particulares porque las mismas van dirigidas a los Estados miembros que son los encargados de incorporar su contenido en los derechos nacionales. Y en el supuesto de no hacerlo, o hacerlo de forma incorrecta, los Estados miembros, tal y como ha declarado el TJUE de manera reiterada, no podrán invocar las disposiciones de las directivas contra los particulares<sup>90</sup>. De esta manera, se garantiza que los Estados miembros no puedan obtener ventajas de su propio incumplimiento, a saber, la no incorporación de las normas de derecho comunitario en sus ordenamientos jurídicos internos<sup>91</sup>.

46. La consecuencia práctica de esta Sentencia del TJUE es la siguiente: si el órgano jurisdiccional nacional, en este caso el TS, no puede interpretar la Ley de extranjería a la luz de la Directiva 2008/115, y hemos de concluir que no puede porque ello significaría perjudicar a los interesados –recordemos que la aplicación de la legislación nacional resulta más beneficiosa que la mencionada Directiva–, el Estado español no puede basarse directamente en esa Directiva al objeto de ordenar las decisiones de retorno de los nacionales de terceros estados que se encuentren de forma irregular en España<sup>92</sup>.

Por consiguiente, esta decisión ha resultado muy esclarecedora a la luz del importante número de sentencias adoptadas por el TS en las que ha venido anulando, a raíz de los recursos de casación planteados por la Abogacía del Estado, las decisiones de los TSJ que venían aplicando la Ley de extranjería en lugar de la Directiva 2008/115.

<sup>88</sup> STJUE asunto *Zaizoune*, *cit.*, apartados 40 y 41.

<sup>89</sup> STJUE asunto *MO*, *cit.*, apartado 33, citando la Sentencia de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y otros*, C103/18 y C429/18, EU:C:2020:219, apartado 121.

<sup>90</sup> STJUE asunto *MO*, *cit.*, apartado 35, donde se citan las Sentencias de 26 febrero 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48, y de 12 diciembre 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, apartado 22). En el mismo sentido, *Vid.*, la STJUE, de 14 julio 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20.

<sup>91</sup> STJUE, de 14 julio 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 22, y de 7 marzo 1996, *El Corte Inglés*, C-192/94, Rec. p. I-1281, apartado 16

<sup>92</sup> STJUE asunto *MO*, *cit.*, apartado 36

47. En mi opinión, hace tiempo que el TS debió asumir esta responsabilidad y plantear una cuestión prejudicial<sup>93</sup>, ya fuese de oficio o a instancia de alguna de las partes intervinientes en los recursos de casación, pues si bien es cierto que la necesidad de elevar una cuestión prejudicial, así como la delimitación de las cuestiones que en ella se planteen recae, en última instancia, en el órgano jurisdiccional nacional que resulte competente para dictar sentencia en el litigio principal, cuando la cuestión se plantee ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal<sup>94</sup>. Con esta medida se persigue evitar que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión<sup>95</sup>.

Ahora bien, puede que el TS no lo haya considerado conveniente ni oportuno por entender que la correcta aplicación del Derecho de la Unión era clara y no dejaba lugar a duda razonable alguna (doctrina del “*acte clair*”). Cuestión que, en todo caso, debía apreciar el propio tribunal en función de las dificultades que pueda plantear la interpretación del Derecho de la Unión y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en la Unión Europea<sup>96</sup>.

## 2. Cuestiones prácticas derivadas de la Sentencia *MO*

### A) ¿Se puede invocar ante los tribunales españoles la aplicación de la Directiva 2008/115?

48. Tras la Sentencia *Zaizoune*, que ponía de manifiesto la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en nuestro ordenamiento jurídico interno, resulta incuestionable la actuación del legislador español con el fin de adaptar la ley de extranjería a la misma. Sin embargo, en ausencia de esta adaptación que no se ha producido hasta la fecha, nuestros tribunales no pueden seguir invocando el efecto directo de la Directiva aun cuando sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionales, por los siguientes motivos:

49. En primer lugar, porque el Estado incumplidor tiene en su mano la posibilidad de aplicar el contenido de la Directiva si bien para ello ha de seguir el proceso dispuesto en el TFUE poniendo en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para incorporar previamente en su ordenamiento jurídico interno de manera correcta lo establecido en esa norma<sup>97</sup>.

50. En segundo lugar, porque un Estado no puede oponer frente a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica, tal y como se deduce de la reiterada jurisprudencia del TJUE<sup>98</sup>.

*Sensu contrario*, cuando una Directiva no haya sido incorporada en el derecho nacional dentro del plazo previsto, o lo haya sido de manera incorrecta, los particulares podrán invocar los derechos

<sup>93</sup> Recordemos que la decisión de petición prejudicial en el asunto *MO* fue recibida en el Tribunal de Justicia el 25 de julio de 2019, cuatro años después de la Sentencia *Zaizoune*, en abril de 2015, durante los cuales el TS ha venido aplicando su particular interpretación en esta materia.

<sup>94</sup> *Vid.*, el artículo 267 del TFUE.

<sup>95</sup> STJUE de 15 de marzo de 2017, asunto C-3/16, *Aquino*, ECLI:EU:C:2017:209.

<sup>96</sup> STJUE, asunto de 6 octubre 1982, asunto C-283/81, *CILFIT y otros*, Rec. 1982, p. 03415; de 9 septiembre 2015, asunto C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito y otros*, Rec. ECLI:EU:C:2015:565; y de 28 julio 2016, asunto C-379/15, *Association France Nature Environnement* (aun sin publicar).

<sup>97</sup> *Vid.*, el artículo 288 del TFUE: “*La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*”. Y para alcanzar este resultado, la Directiva 2008/115 indicaba, en su artículo 20, que los Estados miembros debían incorporar sus disposiciones al Derecho nacional “... a más tardar; el 24 de diciembre de 2010”.

<sup>98</sup> Así, dispone el TJUE: “... el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la Directiva”. *Vid.*, al respecto las STJUE, 19 enero 1982, asunto 8/81, *Becker*, Rec. 1982, p. 53, apartados 24 y 25); y 19 noviembre 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, *Francovich Bonifaci*, Rec. 1991 I-05357.

que la misma les confiere frente al Estado ante los tribunales nacionales, siempre que no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas. Esto permitirá al particular invocar los derechos que le reconoce la directiva frente al Estado incumplidor<sup>99</sup> en virtud del efecto directo vertical reconocido por el TJUE a las directivas<sup>100</sup>.

**51.** En definitiva, hay que distinguir entre el efecto directo vertical invocado por los particulares frente al Estado reconocido por la doctrina del TJUE, y el hipotético efecto directo vertical (inverso) que podría beneficiar al Estado incumplidor en perjuicio del administrado que el TJUE ha rechazado de manera taxativa.

Por consiguiente, puede afirmarse que el efecto directo de las directivas tiene como límite su no aplicación en las denominadas “relaciones verticales inversas”<sup>101</sup>, pues su aplicación no puede, en ningún caso, perjudicar a los particulares.

**52.** Concluyendo, habrá que seguir aplicando la Ley de extranjería y la sanción de multa como sanción principal y la de expulsión en casos agravados en tanto siga en vigor esta norma más favorable para los extranjeros.

## **B) En su defecto, ¿pueden interpretar los tribunales españoles la Ley de extranjería a la luz de la Directiva 2008/115?**

**53.** En este punto, hay que recordar que la doctrina del TJUE ha arbitrado esta solución para aquellos supuestos en los que no ha reconocido el efecto directo (horizontal) de las directivas, es decir, en los conflictos planteados entre particulares. Considera el TJUE que una directiva no puede ser invocada contra un particular porque el carácter obligatorio de esta norma solo existe respecto a los Estados miembros destinatarios pero no puede crear obligaciones a cargo de los particulares<sup>102</sup>.

Y si un particular no puede invocar los derechos derivados de una directiva frente a otro individuo o empresa, esta situación no concuerda con la obligación de los Estados de alcanzar el resultado previsto en la norma europea. Por ello, y con el fin de evitar que un particular pueda sufrir un perjuicio por su inaplicación, el TJUE ha declarado que al aplicar su Derecho nacional los jueces y tribunales están obligados, siempre que ello sea posible, a interpretarlo a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva con el fin de alcanzar el resultado en ella previsto<sup>103</sup>.

**54.** Sin embargo, no es este el escenario que se plantea en la aplicación de la Ley de extranjería, ya que no se trata de una situación horizontal sino vertical por la intervención de la administración frente a los administrados. Por este motivo, admitir la interpretación de la mencionada norma a la luz de la Directiva 2008/115 supondría generar los mismos efectos ya señalados en el apartado anterior, es decir, el beneficio del Estado incumplidor frente al administrado.

**55.** En definitiva, de la jurisprudencia del TJUE cabe inferir que la interpretación de las disposiciones nacionales a la luz de una Directiva tiene unos lindes que vendrán determinados por los prin-

---

<sup>99</sup> El TJUE ha señalado que “... en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de ejecución adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definen derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado”. *Vid.*, entre otras, las STJUE, 5 abril 1979, asunto 147/78, *Ratti*, Rec. 1979, p. 1629; 19 enero 1982, asunto 8/81, *Becker*, Rec. 1982, p. 53; y 19 noviembre 1991, asunto *Franovich Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Rec. 1991, p. I-5357.

<sup>100</sup> STJUE, de 5 abril 1979, asunto 148/78, *Ratti*, Rec. 1979, p. 1629; y de 19 enero 1982, asunto 8/81, *Becker*, Rec. 1982, p.53.

<sup>101</sup> *Vid.*, STJUE, 11 junio 1987, asunto C-14/86, *Pretore de Salò/X*, Rec.1987, p. 2545; 12 diciembre 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, *X*, Rec. 1996, p. I-06609; y 3 mayo 2005, asuntos acumulados C387/02, C391/02 y C403/02, *Berlusconi y otros*, Rec. 2005, p. I-03565.

<sup>102</sup> STJUE, 26 febrero 1986, asunto 152/84, *Marshall*, Rec. 1986, p. 723.

<sup>103</sup> STJUE, 13 noviembre 1990, asunto C-106/89, *Marleasing*, Re. 1990, p. I-4135.

cipios generales que forman parte del Derecho comunitario y, en particular, el principio de la seguridad jurídica y la irretroactividad. Por lo tanto, tal y como el TJUE ha declarado una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar a responsabilidad penal, o agravarla, de quienes la contravengan<sup>104</sup>.

56. En el caso que nos ocupa, aplicar a los nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España la Ley de extranjería, interpretada de conformidad con la Directiva, implicaría dejar de imponer la sanción de multa y pasar directamente a la de expulsión. Imponiendo, de este modo, la sanción prevista en la Directiva en lugar de la establecida en la norma española son el consiguiente perjuicio para el administrado a causa del uso inadecuado de los mecanismos previstos por el Derecho de la Unión Europea que permiten incorporar de manera correcta en una ley nacional las disposiciones previstas en la Directiva<sup>105</sup>.

## VII. A modo de conclusión

### 1. Consecuencias jurídicas que puede provocar la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en el ordenamiento jurídico español

57. En primer lugar, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE, se pueden constatar algunas discrepancias entre el contenido de la Directiva 2008/115 y la Ley de extranjería. Así parece deducirse de la Sentencia *Zaizoune* que dejaba clara la inconsistencia entre la Directiva y la norma española. Por tal motivo, el Estado español debería proceder a adaptar la normativa interna a la norma europea mediante la modificación de la Ley de extranjería. Hasta que llegue ese momento, parece evidente que el Estado español estaría incumpliendo las obligaciones que le incumben en virtud del TFUE.

De confirmarse este extremo, la Comisión Europea podría plantear un recurso de incumplimiento contra España ante el TJUE por la incorrecta incorporación de la Directiva 2008/115 en el ordenamiento jurídico español dentro del plazo concedido al efecto<sup>106</sup>.

58. En segundo lugar, hasta que se produzca la adecuación de la normativa española a la Directiva 2008/115, los tribunales españoles y, en particular el TS, no van a poder seguir manteniendo su doctrina en esta materia; al contrario, han de dejar de invocar el efecto directo de la Directiva y volver a la aplicación de la Ley de extranjería y sus disposiciones relativas a la sanción de multa o expulsión a los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en España. En definitiva, el TS viene obligado a fijar su doctrina casacional de acuerdo a lo manifestado por el TJUE lo que implica el abandono de la línea seguida durante los últimos cinco años para volver a la casilla de salida, es decir, a su jurisprudencia anterior.

59. En tercer lugar, habrá que contemplar la aplicación de la doctrina del TJUE a los expedientes de expulsión ya iniciados, en trámite o en vía de recurso de reposición, con independencia de la instancia judicial y el momento procesal en el que se encuentren.

60. En cuarto lugar, si consideramos los posibles perjuicios sufridos por los nacionales de terceros estados como consecuencia de la incorrecta aplicación de la Directiva 2008/115 por parte de los tribunales españoles, que ha cristalizado en la aplicación de la sanción de expulsión y el consiguiente abandono del territorio español sin opción a una posible regularización de su situación, estos podrían recurrir el acto de expulsión y, en su defecto, accionar frente a la Administración española al objeto de reclamar una indemnización por los daños sufridos.

<sup>104</sup> STJUE asunto *Pretore de Salò/X*, *cit.*

<sup>105</sup> STJUE, 8 octubre 1987, asunto C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec. p. 3969, apartados 13 y 14, Rec. 1987, p. 03969.

<sup>106</sup> *Vid.*, el artículo 258 del TFUE.

Para ello, resulta primordial determinar la posible responsabilidad del Estado español en cada uno de estos casos. En este sentido, procede señalar que el principio de la responsabilidad de los Estados se producirá cuando exista una violación de los Tratados<sup>107</sup>, ya sea por parte del poder legislativo, ejecutivo o judicial, tal y como señalaba el TJUE en su Sentencia *Francovich y Bonifaci*<sup>108</sup>.

## 2. ¿Y si la Ley de extranjería no fuese incompatible con la Directiva 2008/115?

61. Por otra parte, no cabe desestimar esta opción si tenemos en cuenta que de acuerdo con la Directiva 2008/115 una vez interceptado el ciudadano que se encuentre en situación irregular en España, la resolución administrativa ha de establecer un plazo para su salida voluntaria<sup>109</sup>. La cuestión que se plantea en ese caso es la siguiente: esta persona ¿debe abandonar voluntariamente el territorio español de manera inmediata?; o, por el contrario ¿podría optar por regularizar su situación en el plazo concedido para su salida voluntaria siempre que cumpla con los requisitos que establece la normativa española?<sup>110</sup>.

62. Si consideramos la segunda opción, y aun cuando la Directiva no contempla otro escenario que no sea el de la salida voluntaria en los plazos antes señalados -o en otro momento si se procediese a prorrogar el plazo de salida voluntaria que prevé la Directiva-<sup>111</sup>, podría entenderse que el sistema español es compatible con la Directiva y concluir que la Ley de extranjería, que establece la imposición de multa con orden de salida voluntaria y, de no cumplirse la salida o si el inmigrante no regulariza su situación, la tramitación del expediente de expulsión compulsiva, no difiere de lo que establece la Directiva.

Y ello es así porque la resolución administrativa que impone la sanción de multa no habilita al extranjero para permanecer en España de manera irregular pues en la misma resolución se le advierte de la obligación de abandonar el territorio español en un plazo de quince días y, de no hacerlo en el plazo concedido o si se desestima su solicitud de regularización, se le impondría la sanción de expulsión compulsiva.

En definitiva, en la norma española la imposición de la multa no es incompatible con la orden de expulsión que puede tener lugar en un momento posterior. De hecho, si el ciudadano extranjero no regularizase su situación en el plazo concedido al efecto tras la imposición de la sanción pecuniaria, se procedería a la correspondiente expulsión<sup>112</sup>. Y, en el mismo sentido, de acuerdo con la Directiva durante el plazo de salida voluntaria el extranjero podría regularizar su situación lo que dejaría sin efecto la orden de expulsión.

63. A mayor abundamiento, la Directiva contempla la posibilidad de conceder un plazo menor para la salida del extranjero cuando exista riesgo de fuga o “... *si se desestimara la solicitud de permanencia legal...*”<sup>113</sup>. Significa esto que cabe la opción antes aludida de que el extranjero pueda regularizar su situación en el territorio de la Unión en el que se encuentre durante el periodo que se le otorga para su salida voluntaria, en sentido similar a lo dispuesto en la Ley de extranjería<sup>114</sup>.

64. De acoger esta interpretación no cabe duda de que podría justificarse la compatibilidad de la Ley de extranjería con los fines y objetivos de la Directiva 2008/115 y, en ese caso, sería cuestionable la afirmación del TJUE en sus decisiones *Zaizoune* y *Md Sagor* de que la norma española puede poner en

<sup>107</sup> *Ibidem*, artículo 189.

<sup>108</sup> *Vid.*, la STJUE, *Francovich Bonifaci*, *cit.*, apartado 37. “... *el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables*”.

<sup>109</sup> Plazo que la Directiva 2008/115 establece entre siete y treinta días. *Vid.* el artículo 7.1 de la Directiva.

<sup>110</sup> En este caso, el Reglamento de extranjería. *Vid.* los artículos 123 y ss.

<sup>111</sup> *Vid.*, el artículo 7.2 de la Directiva 2008/115.

<sup>112</sup> *Vid.*, el artículo 246 del Reglamento de extranjería.

<sup>113</sup> Artículo 7.4 de la Directiva 2008/115.

<sup>114</sup> *Vid.*, los artículos 55 y 57 de la Ley de extranjería.

peligro la realización de los objetivos de la Directiva y su “efecto útil”. Esta circunstancia permitiría que los tribunales españoles siguiesen aplicando el derecho sancionador previsto en la Ley de extranjería que resulta más beneficioso para los extranjeros sin menoscabar el efecto útil de la Directiva<sup>115</sup>.

**65.** En cualquier caso, si bien esta cuestión ha sido resuelta por las decisiones previas del TJUE –*Zaizoune* y *MO*– no es menos cierto que no se encuentra definitivamente zanjada y sigue planteando dudas razonables la supuesta incompatibilidad de la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115. En definitiva, podría afirmarse que las decisiones del TJUE no han resuelto todas las dudas que se plantean respecto a las decisiones de retorno en casos de residencia irregular de extranjeros no comunitarios en territorio español.

**66.** Precisamente, en la actualidad existen pendientes dos iniciativas que deberían contribuir a clarificar el tema objeto de debate de una forma definitiva. Me refiero la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona<sup>116</sup> en la que se solicita al TJUE que se pronuncie sobre todas las cuestiones objeto de debate, a saber: si la normativa española incorpora correctamente la Directiva 2008/115; si se puede reclamar por parte del Estado español la aplicación directa de la mencionada Directiva aun cuando perjudique al extranjero; si se podría interpretar la Ley de extranjería conforme a la Directiva; y si los tribunales españoles se encuentran obligados aplicar en todos los casos la sanción de expulsión.

En parecidos términos, se plantea la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pontevedra<sup>117</sup> en la que interpela al TJUE sobre la compatibilidad de la Directiva 2008/115 con la Ley de extranjería; y sobre la posibilidad de que la Administración y los tribunales españoles puedan llevar a cabo la aplicación directa de la directiva en perjuicio del particular o si, por el contrario, deben seguir aplicando la normativa nacional hasta que se produzca la reforma de misma para que se encuentre en consonancia con la Directiva.

**67.** Por todo ello, el pronunciamiento del TJUE en estas cuestiones puede resultar decisivo para conocer la compatibilidad de la norma española con la Directiva comunitaria o, por el contrario, para confirmar que está poniendo en peligro su efecto útil, a pesar de que una interpretación más flexible de la norma comunitaria podría permitir afirmar que no existe inconsistencia entre ambas normas.

En cualquier caso, sea o no compatible la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115, la aplicación del efecto directo de esta última tal y como se viene aplicando por el TS contraviene la doctrina del TJUE por lo que considero que ha de abandonarse en favor de la aplicación de la Ley de extranjería, al menos hasta que se produzca la modificación de la norma española o, en su caso, el referendo de su compatibilidad con la Directiva por parte del TJUE.

---

<sup>115</sup> Vid., al respecto, el análisis del Magistrado-Juez F. DE COMINGES CACERES en el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pontevedra, de 20 agosto 2020, pp. 11-12 (ECLI:ES:JCA:2020:43A).

<sup>116</sup> Asunto C-746/19, *UD*. Fecha de presentación del escrito de interposición del recurso: 14 octubre 2019 (asunto archivado mediante Auto del TJUE de 4 diciembre 2020).

<sup>117</sup> Vid., el Auto del Juzgado de lo contencioso Administrativo de Pontevedra, de 20 agosto 2020 *ut supra nota 115*. A fecha de hoy, no existe constancia de que la misma haya tenido entrada en el TJUE.

ENTENDIMIENTO DE LA CONVENCION SOBRE CONTRATOS  
DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS  
Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS  
COMERCIALES INTERNACIONALES POR LAS CORTES  
JUDICIALES: ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO Y SUS  
ALTAS CORTES

THE JUDICIAL COURTS UNDERSTANDING  
OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS  
FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS AND THE  
UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL  
CONTRACTS: ANALYSIS OF THE COLOMBIAN CASE AND  
ITS HIGH COURTS

ISABEL LÓPEZ PITO

*Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca e integrante del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la misma Universidad.*

ORCID ID: 0000-0001-9091-6132

PABLO CASTRO QUINTERO

*Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca e integrante del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la misma Universidad.*

ORCID ID: 0000-0002-3800-6622

SEBASTIAN CAMAYO ORTIZ

*Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca e integrante del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la misma Universidad.*

ORCID ID: 0000-0001-7801-3184

Recibido: 15.12.2020/ / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5965>

**Resumen:** La Convención Sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y los Principios UNIDROIT Sobre Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), son dos de los instrumentos más importantes de la contratación internacional; cuestión que no es desconocida por la jurisprudencia de las más altas corporaciones judiciales de Colombia (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia). No obstante, más allá de la importancia que aquellas cortes les reconozcan, es necesario preguntarse si estas tienen un entendimiento adecuado de las disposiciones y artículos que los componen. Así, este escrito pretende responder a esa inquietud analizando algunas sentencias de estas cortes y confrontándolas con una revisión bibliográfica de lo dicho sobre las disposiciones de la CISG y los Principios UNIDROIT citados en aquellas.

**Palabras clave:** Contratación Internacional, Colombia, CISG, Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

**Abstract:** The Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles) are two essential instruments on international agreements. The highest Colombian judicial courts (the State Council, the Constitutional and Supreme Courts) acknowledge its significance. However, it is necessary to ensure the proper understanding of the articles and dispositions stated in both the CISG and the UNIDROIT Principles by the most important Colombian judicial courts. Therefore, this manuscript analyzes these instruments comprehension in related judicial decisions and its comparison with the literature.

**Keywords:** International agreements, Colombia, CISG, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

**Sumario:** I. Introducción. II. Balance general de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de las altas cortes judiciales de Colombia. 1. Decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT. 2. Decisiones judiciales del Consejo de Estado de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT. 3. Decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT. III. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia. 1. Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. vs Nación -Ministerio de Minas y Energía y otros. 2. Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. IV. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. 1. Sentencia C-1008 de 2010. 2. Sentencia C-207 de 2019. V. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. 1. Compañía Suramericana de Seguros S.A. vs Compañía Transportadora S.A. 2. Sentencia SC4420-2014. VI. Conclusiones.

## I. Introducción<sup>1</sup>

1. La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (mejor conocida como Convención de Viena o CISG en abreviación a *Convention on International Sales of Goods*) y los Principios UNIDROIT Sobre Contratos Comerciales Internacionales (en adelante Principios UNIDROIT), son sin duda alguna dos de los referentes más importantes en el proceso de modernización del derecho de las obligaciones y de los contratos.<sup>2</sup> Ambos, además de ser

<sup>1</sup> Este artículo es fruto de las labores académicas al interior del Semillero de Investigación en Derecho Procesal “Jesús Hernando Segura” de la Universidad del Cauca, en particular de la ejecución del proyecto de investigación “Cátedra Permanente Samuel Ernesto Constaín González” (inscrito con el id: 5438 ante la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad del Cauca). Los autores agradecemos a los profesores José Reinaldo Pisso y Orlando de Jesús Mosquera por su constante apoyo al Semillero de Investigación, a ellos recordamos las palabras del Dr. Jesús Hernando Segura (a quien esperamos rendir homenaje póstumo con nuestro trabajo): “Habéis iluminado mi entendimiento y lo habéis guiado con mano certera hacia la verdad, me habéis armado caballero de la causa noble de la Justicia y el Derecho, me habéis educado e ilustrado para afrontar con dignidad la lucha por la vida”.

<sup>2</sup> Sobre la relevancia de estos instrumentos, Jorge Oviedo Albán sostiene: “Es sabido que la *modernización del derecho de las obligaciones*, más que una simple actualización legislativa de las normas, como tal vez esta denominación pareciera sugerirlo, consiste en un proceso, seguramente el más importante en el derecho privado moderno desde la codificación, que se ha ocupado de la revisión de las estructuras dogmáticas que se originó en las últimas décadas del siglo XX, concretamente a partir del proceso armonizador adelantado por instituciones como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), cuyos instrumentos más relevantes e influyentes han sido la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los cuales más allá de regular (como instrumento de *Hard Law* el primero y *Soft Law* el segundo) el contrato internacional, han incidido enormemente en los procesos de reforma legislativa o de adopción de nuevas leyes sobre la materia expedidas en países de Asia, Europa y América”: J. OVIEDO ALBÁN, *Falta de Conformidad, Mitigación y Subsanación en la Compraventa Internacional*, Bogotá, Editorial Ibañez, Centro de Estudios de Derecho Comparado, 2019, p. 21.

instrumentos que “se erigieron como piedras angulares en los esfuerzos por modernizar y armonizar el derecho contractual internacional”,<sup>3</sup> logran ser mecanismos adecuados y efectivos para guiar las transacciones comerciales internacionales,<sup>4</sup> bien porque se ofrezca un régimen moderno, uniforme y eficaz para los contratos de compraventa internacional de mercaderías como es el caso de la CISG,<sup>5</sup> o bien porque se brinde un parámetro para guiar la parte general de cualquier contrato comercial internacional como ocurre con los Principios UNIDROIT.<sup>6</sup>

2. Tal es la importancia de estos instrumentos internacionales que, en el caso de la CISG, ya son 94 los Estados que son parte de esta Convención al año 2020,<sup>7</sup> cifra que representa más de las 2/3 partes del comercio internacional y con ello a “todas las regiones geográficas del mundo, todas las etapas de desarrollo y todas las tradiciones jurídicas”.<sup>8</sup> Además, el éxito de la CISG también se puede medir a través de otros indicadores, tales como el hecho de que existan al menos 4.500 decisiones judiciales o arbitrales en el mundo que la desarrollen,<sup>9</sup> en que se estime que entre el 70% y el 80% de todas las transacciones de compraventas internacionales se rigen potencialmente por la Convención de Viena<sup>10</sup> y, por si fuese poco, en que la misma ya haya servido de inspiración para el desarrollo de legislaciones sobre Derecho privado en países como Alemania, Holanda y China.<sup>11</sup>

3. Igualmente, y aunque los Principios UNIDROIT no son un instrumento con categoría de tratado internacional, una investigación de Eleonora Finazzi Agrò demostraba que para el año 2011 ya existían al menos 266 decisiones que desarrollaban los Principios UNIDROIT, de las cuales 107 eran de tribunales domésticos o nacionales y 159 eran laudos emitidos por tribunales arbitrales. Estas decisiones además trataban diversas funciones sobre los Principios en mención, las cuales iban desde usarse como el derecho aplicable al fondo del litigio, hasta referenciarse para demostrar que la solución prevista por el derecho interno era acorde con las normas y reglas vigentes a nivel internacional en materia de contratos, pasando también por citarse como medios de interpretación y complementación al derecho interno aplicable al caso en concreto o, inclusive, respecto de otros referentes internacionales del derecho uniforme como lo es la propia Convención de Viena.<sup>12-13</sup>

<sup>3</sup> Traducción libre. M.J. DENNIS, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward”, *Uniform Law Review*, 19, 2014, pp. 114–151, p. 114. En sentido semejante: R. MOMBERG URIBE, “Harmonization of contract law in Latin America: past and present initiatives”, *Uniform Law Review*, 19 (3), 2014, pp. 411–428, p. 411.

<sup>4</sup> M. J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?”, *Uniform Law Review*, 1, 1996, pp. 26–39, p. 39.

<sup>5</sup> J. GLAVANITS, “How do You Mean It, CISG? -Applying The CISG More ‘21st Century’-Way”, en UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW [UNCITRAL], *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law*, United Nations, 2017, pp. 331 – 338, p. 331.

<sup>6</sup> M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, “Avances en la Aplicación de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Cláusulas Modelo para los Contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6 (1), 2014, pp. 253 – 268, p. 254.

<sup>7</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL [CNUDMI], “Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)”. Disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status).

<sup>8</sup> A. E. VILLALTA VIZCARRA, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en CNUDMI, *Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas*, Naciones Unidas, 2016, pp. 35 – 46, p. 36.

<sup>9</sup> CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Naciones Unidas, 2016, p. xi.

<sup>10</sup> I. SCHWENZER, P. HACHEM, “The CISG—Successes and Pitfalls”, *The American Journal of Comparative Law*, 57 (2), 2009, pp. 457 – 478, p. 457.

<sup>11</sup> J. A. GAVIRIA-GIL, “El enigma de la ausencia de casos sobre CISG en Colombia”, *International Law - Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2015, pp. 249 – 288, p. 253.

<sup>12</sup> E. FINAZZI AGRÒ, “The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures”, *Uniform Law Review*, 16 (3), 2011, pp. 719–733, p. 720 y ss.

<sup>13</sup> Sobre las funciones de los principios UNIDROIT, Silvana Insignares-Cera y Juan Miguel Cortés –citando a Osvaldo Marzorati– sostienen que: “[...] los Principios de UNIDROIT tienen tres funciones específicas: (i) pueden ser un conjunto de

4. Así, a partir de lo dicho sobre estos dos instrumentos de la contratación internacional, no debería resultar extraño que la CISG sea calificada como “uno de los textos del derecho uniforme de mayor éxito”,<sup>14</sup> lo que es apenas lógico ante su alta receptividad por los Estados de distintos sistemas jurídicos, el nivel de su presencia en el comercio internacional y el índice de casos que la han desarrollado a nivel judicial o arbitral. En igual sentido, tampoco es inadecuado que algunos sostengan que los Principios UNIDROIT han “hecho una contribución masiva a el campo emergente y creciente del derecho comercial transnacional”,<sup>15</sup> pues la cifra de casos que los desarrollan no es en lo absoluto minoritaria.<sup>16</sup> Además, si se comparan los Principios UNIDROIT con otros instrumentos del *Soft Law* sobre contratos comerciales internacionales como lo son los *Principles of European Contract Law* (PECL) o el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), resulta notoria la importancia de los Principios UNIDROIT en el tráfico jurídico de carácter comercial internacional, ya que los Principios tienen una vocación “universal” y los PECL y el DCFR pretenden aplicarse principalmente en el continente europeo o los países que integran la Unión Europea.<sup>17</sup>

5. Ahora, en el particular caso colombiano, la importancia de la CISG y los Principios UNIDROIT no es menor a la de la perspectiva internacional, de hecho, la Convención de Viena fue ratificada por Colombia e introducida al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 518 de 1999.<sup>18</sup> Igualmente, Colombia es uno de los 63 Estados miembros del *International Institute for the Unification of Private Law* [UNIDROIT], instituto que precisamente emite los Principios UNIDROIT.<sup>19</sup> Encima, múltiples decisiones de las más altas corporaciones judiciales de Colombia resaltan la importancia de estos instrumentos internacionales en el plano legal colombiano; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de este país (el más Alto Tribunal judicial de su ordenamiento jurídico respecto de asuntos civiles, mercantiles, laborales, penales, entre otros), se ha pronunciado de una manera muy dicente respecto a los Principios UNIDROIT, al punto tal que le reconoce al juez nacional la facultad de remitirse a estos para interpretar e integrar preceptos legales del derecho nacional:

---

reglas y criterios útiles para la interpretación y complementación de leyes nacionales aplicables a un contrato internacional; (ii) pueden ser un conjunto de reglas y criterios útiles para la interpretación de instrumentos internacionales existentes; y (iii) pueden ser *proper law* del contrato, sea por elección de las partes, o por decisión del árbitro”: S. INSIGNARES-CERA, J. M. CORTÉS, “Armonización del derecho comercial nacional e internacional a partir de la incorporación de los principios de UNIDROIT en el ordenamiento colombiano”, *Revista Jurídicas*, 16 (1), 2019, pp. 11 - 27, p. 15 y 16. En sentido semejante: O. MEYER, “The UNIDROIT Principles as a Means to Interpret or Supplement Domestic Law”, *Uniform Law Review*, 21 (4), 2016, pp. 599–611, p. 599 y ss; M. J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?”, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

<sup>14</sup> P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Comercial Internacional*, Editorial Temis, 2014, p. 21. En sentido semejante P. HUBER, A. MULLIS, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, sellier. european law publishers, 2007, p. 2; J. KOTRUSZ, “Gap-Filling of the CISG by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 14 (1-2), 2009, pp. 119–163, p. 119; G. CALLIESS, I. BUCHMANN, “Global commercial law between unity, pluralism, and competition: the case of the CISG”, *Uniform Law Review*, 21 (1), 2016, pp. 1–22, 18.

<sup>15</sup> Traducción libre. S. VOGENAUER, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts at twenty: experiences to date, the 2010 edition, and future prospects”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 481 – 518, p. 482.

<sup>16</sup> Sobre el particular, Michael Joachim Bonell sostiene que: “con mucho, la contribución más importante que hacen los Principios de UNIDROIT a la creación de un entorno jurídico genuinamente internacional o transnacional para las transacciones comerciales transfronterizas es el papel que desempeñan en el contexto de la solución de controversias internacionales. Los Principios de UNIDROIT se invocan cada vez más a menudo en declaraciones individuales de demanda o defensa para corroborar los argumentos desarrollados en ellas y demostrar su conformidad con las normas aceptadas internacionalmente. Lo que es más importante, los jueces y árbitros se remiten cada vez más en sus decisiones a los Principios de UNIDROIT de diversas maneras”: Traducción libre. M. J. BONELL, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 56 (1), 2008, pp. 1–28, p. 24. Es más, al momento de la presentación de este artículo, la base de datos UNILEX –la cual alberga *case law* y bibliografía sobre los Principios UNIDROIT– reporta disponer de 515 decisiones judiciales o arbitrales que desarrollan los Principios UNIDROIT en diversas jurisdicciones: UNILEX, “Selected Cases by Date”. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/cases/date/all>.

<sup>17</sup> R. MOMBORG URIBE, A. PINO EMHART, “Los Contratos de Larga Duración en la Edición 2016 de los Principios Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 30, (2018), pp. 163 – 191, p. 166.

<sup>18</sup> Ley 518 de 1999, Diario Oficial No. 43.656, de 5 de agosto de 1999.

<sup>19</sup> INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW [UNIDROIT], “Membership / Etats Membres”. Disponible en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>.

Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto [...] el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos.<sup>20</sup>

Así mismo, la Corte Constitucional de Colombia entiende la importancia de la CISG así:

La realidad y la práctica internacional, llevaron a que la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías fuese considerada como uno de aquellos temas que requería, con mayor urgencia, de una regulación uniforme que se adaptase a las necesidades del comercio internacional y que a la vez pudiesen gozar de una aceptación general por parte de los distintos sistemas jurídicos que rigen en el mundo. La Convención sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, cumplió con estos requisitos y respondió, sin lugar a dudas, a una necesidad sentida dentro de las relaciones económicas internacionales [...] los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en ella regulados facilitan y promueven el comercio internacional de Colombia con los demás países del mundo.<sup>21</sup>

6. De manera más precisa, debe anotarse que las tres altas cortes judiciales de Colombia –Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado (este último es el máximo tribunal del ordenamiento jurídico colombiano para asuntos de lo contencioso administrativo)– han emitido, al momento de la presentación de este escrito, 49 decisiones judiciales en las que se mencionan a la CISG y los Principios UNIDROIT, algunas de ellas refiriéndose de manera no sustancial a estos instrumentos y otras mencionando o analizando directamente artículos y disposiciones de aquellos.<sup>22</sup> Si bien estos pronunciamientos no implican una aplicación directa de estos textos del derecho uniforme por no ser la ley aplicable al fondo del litigio, debe considerarse que existe un margen razonable de decisiones judiciales para entender que en el caso colombiano la Convención de Viena y lo Principios UNIDROIT son relevantes; sin embargo, independiente de que las altas cortes judiciales de Colombia reconozcan importancia y tengan una relativamente amplia referencia a dichos instrumentos, ¿tienen estas en sus decisiones judiciales un entendimiento adecuado de las disposiciones y artículos que componen la CISG y los Principios UNIDROIT?

7. La pregunta anterior, más allá de ser el problema jurídico sobre el que pretendemos dar algunas luces en este escrito, también implica un criterio de relevancia en la búsqueda por lograr cumplir los objetivos de los instrumentos internacionales que analizamos, ya que ambos, como textos de derecho uniforme que son, pretenden materializar un régimen común, sólido y universal respecto de las reglas

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia 21 de febrero de 2012, rad. sentencia: 11001-3103-040-2006-00537. Sobre la función que tiene los Principios de integrar e interpretar disposiciones del derecho nacional, resulta oportuno mencionar la decisión del 19 de abril de 2018 del Consejo de Estado de Colombia, donde una parte instauró una acción de tutela contra un Tribunal de Arbitramento por no interpretar una disposición del derecho nacional a la luz de los Principios UNIDROIT. Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo que: “[...] se descarta el análisis de fondo del defecto sustantivo por no haberse interpretado el alcance del artículo 870 del Código de Comercio de conformidad con los Principios de la UNIDROIT, debido a que el alegato entraña una inconformidad relativa a un asunto de puro derecho que, en principio, no comporta la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante [...] los principios de la UNIDROIT establecen las reglas generales que rigen los contratos mercantiles internacionales en los que las partes haya pactado su aplicación, sin embargo, no excluye la aplicación de estos principios en los contratos nacionales, siempre que las partes del contrato lo hayan pactado de esa manera, pues el derecho contractual tiene sus cimientos en el principio de autonomía de voluntad de las partes. Verificado el Contrato de Cuentas en Participación objeto de estudio, se tiene que entre las partes no se pactó la obligación de interpretar el contrato de conformidad con los principios de la UNIDROIT (principios de autorregulación), omisión frente a la cual prima el principio de territorialidad de la ley, dándose prevalencia a la aplicación de las normas de derecho interno, para este caso, el Código Civil y el Código de Comercio, tal como lo hizo el árbitro de la causa”: Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 19 de abril de 2018, rad. sentencia: 11001-03-15-000-2017-03461-00(AC).

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia 10 de mayo de 2000, rad. sentencia: C-529/00.

<sup>22</sup> Esta cifra se deriva de una indagación propia de los autores, la cual se detalla de manera específica en el epígrafe II de este artículo. En el mismo se identifica un balance general de la jurisprudencia colombiana que se relaciona con la CISG y los Principios UNIDROIT, distinguiendo aquellas decisiones judiciales donde se analizan o mencionan precisas disposiciones y artículos de estos instrumentos, de otras donde solo referencian su importancia, les mencionan de forma general, reiteran otras decisiones judiciales que analizan los mismos, citan autores que estudian estos instrumentos u otras cuestiones semejantes.

que rigen las transacciones comerciales internacionales.<sup>23</sup> Precisamente, la CISG, a través de su artículo 7 dispone que: “en la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación [...]”,<sup>24</sup> redacción casi idéntica a la propuesta por los Principios UNIDROIT en su artículo 1.6, el cual afirma que: “en la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”.<sup>25</sup>

8. Por lo tanto, el entendimiento que de la CISG y los Principios UNIDROIT tengan las altas cortes judiciales de Colombia resulta un análisis necesario, ya que el hecho de que estos tribunales manifiesten ampliamente la importancia de dichos instrumentos no puede ir acompañado de un entendimiento o una interpretación inadecuada de los mismos; lo anterior, aparte de llegar a ser contradictorio, implicaría un supuesto donde se aleja al plano legal colombiano del régimen común que en materia de transacciones internacionales pretenden ofrecer estos instrumentos. Además, un entendimiento defectuoso de estos textos también podría llevar a “nacionalizar” las figuras e instituciones jurídicas que traen las disposiciones que los componen, es decir, que estas regulaciones y normas sean entendidas en el marco de las instituciones jurídicas nacionales y no a partir del contexto, la uniformidad y la internacionalidad, con la que estos instrumentos del derecho uniforme requieren ser entendidos e interpretados.

9. Siendo así, para responder a nuestra inquietud investigativa, se empleará un análisis sobre algunas de las mencionadas decisiones judiciales que referencien artículos o disposiciones específicas de la CISG y los Principios UNIDROIT, lo que luego se contrastará con el entendimiento que de dichas disposiciones tenga la doctrina, la casuística internacional, los pronunciamientos oficiales de los organismos que directamente emiten los instrumentos que analizamos, entre otros. Del análisis anterior podrá derivarse si los máximos tribunales judiciales de Colombia tienen un entendimiento adecuado de la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, al menos de cara a las voces mayoritarias al respecto. Con relación a la estructura de este artículo, la misma se divide, primero, en un balance general de la jurisprudencia colombiana que involucra a la CISG y los Principios UNIDROIT [Epígrafe II]; luego, se examinarán dos sentencias – de conformidad con la metodología propuesta – de cada una de las altas corporaciones judiciales (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado) [Epígrafe III, IV y V]; y, finalmente, se presentarán las conclusiones de nuestro análisis y del escrito en general [Epígrafe VI].

## II. Balance general de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de las altas cortes judiciales de Colombia

10. Antes de estudiar la manera en cómo las altas cortes judiciales de Colombia entienden la CISG y los Principios UNIDROIT, resulta oportuno hacer un análisis sobre el panorama general de la jurisprudencia colombiana en las que se mencionan, estudian o analizan estos instrumentos de la contratación internacional. Para tales efectos, debe decirse que no existen mayores estudios dirigidos a identificar cuántas decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional de Colombia existen al respecto, así como tampoco existen trabajos académicos dedicados al análisis de esos pronunciamientos y los motivos por los que las altas cortes referencian a estos textos del derecho uniforme; sin embargo, debemos reconocer que algunos trabajos estudian, de manera aislada o particular y no sistemática, algunas decisiones emitidas por las altas cortes judiciales de Colombia con relación a la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT<sup>26</sup>

<sup>23</sup> P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Comercial Internacional*, op. cit., p. 21.

<sup>24</sup> Art. 7, CISG 1980. Sobre el particular, Pilar Perales Viscasillas informa de la existencia de una principio Pro – Convención, el cual explica en correlación con el artículo 7 así: “El principio Pro-Convención, por una parte, dicta una interpretación a favor de la aplicabilidad de la CISG y, por consiguiente, una interpretación internacional y uniforme (artículo 7) [...]”: Traducción libre. P. PERALES VISCASILLAS, “Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, 22 (1), 2017, pp. 4–28, p. 18.

<sup>25</sup> Art. 1.6, Principios UNIDROIT 2016.

<sup>26</sup> Al respecto, véase por ejemplo a: J. OVIEDO ALBÁN, “UNIDROIT Principles as rules applicable to international contracts:

**11.** Ahora, entre los limitados estudios o labores académicas que se dirigen a identificar la existencia o el número de las mencionadas decisiones judiciales, pueden citarse los trabajos de: I) Juan Antonio Gaviria-Gil, quien precisamente analiza la ausencia de casos sobre la CISG en Colombia, entendiendo ausencia como la inexistencia de decisiones judiciales en este país donde el derecho aplicable al fondo del litigio sea la Convención de Viena; sin embargo, reconoce la existencia de “al menos cinco sentencias de las altas cortes colombianas que hacen referencia a la CISG”;<sup>27</sup> II) la base de datos “CISG: España y Latinoamérica” de la Universidad Carlos III de Madrid, la cual reconoce la existencia de cinco sentencias que referencian a la CISG emitidas por altas cortes judiciales de Colombia, particularmente de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional;<sup>28</sup> y III) la base de datos UNILEX con Michael Joachim Bonell como editor en jefe, la cual confirma la existencia de cuatro decisiones judiciales de los máximos tribunales colombianos con relación a los Principios UNIDROIT y dos respecto de la Convención de Viena.<sup>29</sup>

**12.** No obstante las anteriores referencias, consideramos necesario iniciar una búsqueda propia para identificar el número exacto de pronunciamientos de las más altas corporaciones judiciales de Colombia en las que se referencie a la CISG y/o a los Principios UNIDROIT, ello con el ánimo de entregar la información más precisa posible en cuanto al balance general que pretendemos presentar. La búsqueda de estas decisiones implicó una pesquisa en bases de datos sobre *Case Law* de la UNIDROIT y la CISG,<sup>30</sup> bases de datos sobre jurisprudencia colombiana<sup>31</sup> y, finalmente, en la formulación de derechos de petición ante las tres altas cortes judiciales de Colombia, en los cuales se solicitaba la remisión de todas las decisiones judiciales que se encontraran en sus bases de datos internas y se relacionaran con el objeto de nuestra investigación. Como parámetro de búsqueda a nivel temporal, se decidió dirigir la pesquisa a un periodo ubicado entre 1980 (año de expedición de la CISG) y el año 2020.

**13.** Al respecto, se encontraron 49 decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado de Colombia que referencian a la Convención de Viena y a los Principios UNIDROIT, de las cuales 17 citan en específico alguna disposición o artículo de estos instrumentos y 32 solo referencian su importancia, los mencionan de forma general, reiteran otras decisiones judiciales u otras cuestiones semejantes, motivo por el que estas últimas no resultan relevantes para el balance general ni para el objetivo de este artículo, el cual busca evidenciar si estas decisiones representan un correcto entendimiento de las disposiciones de los instrumentos del derecho uniforme que estudiamos.<sup>32</sup> Las 17 sentencias restantes que sí analizan artículos o disposiciones específicas de

---

With regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012”, *Uniform Law Review*, 19 (1), 2014, pp. 106–113, p. 107 y ss.; S. INSIGNARES-CERA, J. M. CORTÉS, *op. cit.*, p. 24. S.C. FIGUERA VARGAS, M.A. ANAYA TORRES, “Sentencia No. C-1008/2010 de la Corte Constitucional de Colombia y su fundamentación en la Lex Mercatoria”, *IUS ET VERITAS*, 57, 2019, pp. 30-42, p. 31 y ss. É. I. LEÓN ROBAYO, *La nueva lex mercatoria en el derecho latinoamericano de contratos*, Valencia, Editorial Universidad del Rosario. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 185 y ss.

<sup>27</sup> J. A. GAVIRIA-GIL, *op. cit.*, p. 256.

<sup>28</sup> CISG: España y Latinoamérica, “Colombia – Jurisprudencia”. Disponible en: <https://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/colombia/>.

<sup>29</sup> UNILEX, “Selected Cases by Domestic Law Involved”. Disponible en: [http://www.unilex.info/principles/cases/keywords/155#COLOMBIAN\\_LAW\\_BY\\_DOMESTIC\\_LAW\\_INVOLVED](http://www.unilex.info/principles/cases/keywords/155#COLOMBIAN_LAW_BY_DOMESTIC_LAW_INVOLVED). UNILEX, “Selected Cases by Country”. Disponible en: [http://www.unilex.info/cisg/cases/country/50#country\\_Colombia](http://www.unilex.info/cisg/cases/country/50#country_Colombia).

<sup>30</sup> Dentro de las bases de datos consultadas se encuentran: UNILEX. Disponible en: <http://www.unilex.info/>. Albert H. Kritzer, CISG Database. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/>. CLOUT. Disponible en: <https://www.uncitral.org/clout/>. CISG: España y Latinoamérica. Disponible en: <https://www.cisgspanish.com/>

<sup>31</sup> Dentro de las bases de datos consultadas se encuentran: Relatoría Corte Suprema de Justicia de Colombia. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>. Relatoría Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>. Relatoría Consejo de Estado de Colombia. Disponible en: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>. Vlex. Disponible en: <https://app.vlex.com/libraries/jurisprudencia-colombiana-28>. Legis. Disponible en: [http://legal.legis.com.co/Normatividad\\_Leyes\\_Legis/jurisprudencia%20colombiana](http://legal.legis.com.co/Normatividad_Leyes_Legis/jurisprudencia%20colombiana).

<sup>32</sup> Estas decisiones son: Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación civil) 1 de julio de 2008, rad. sentencia: 1100131030402001-00803-01. Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación civil) 5 de noviembre de 2013, rad. sentencia: 20001-3103-005-2005-00025-01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de noviembre de 2013, rad. sentencia: 66001-23-31-000-2002-00391-01(31431). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de enero de 2014, rad. sentencia: 25000232600020021616 01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 28 de abril de 2014, rad. sen-

la Convención de Viena y/o de los Principios UNIDROIT, se expondrán en las siguientes tablas diferenciándose por el organismo judicial que las expidió, la identificación precisa de las sentencias y las respectivas disposiciones de los instrumentos internacionales que fueron citadas en ellas.

**1. Decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT:**

Identificación de la sentencia	Artículo del instrumento referenciado
Decisión del 10 de mayo del 2000, rad. sentencia: C-529/00, M.P: Antonio Barrera Carbonell	Análisis de constitucionalidad de la Ley 518 de 1999, por la cual se aprueba para Colombia la CISG (se mencionan variedad de artículos de la Convención)
Decisión del 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008/10, M.P: Luís Ernesto Vargas Silva	Art. 74, CISG 1980 Art. 7.4.4, Principios UNIDROIT 2004
Decisión del 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19, M.P: Cristina Pardo Schlesinger	Art. 3.3.1 y 3.3.2, Principios UNIDROIT 2016

**2. Decisiones judiciales del Consejo de Estado de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT:**

Identificación de la sentencia	Artículo del instrumento referenciado
Decisión del 29 de agosto de 2013, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2000-00238-01(24698), M.P: Danilo Rojas Betancourth	Art. 7.1.1, Principios UNIDROIT 2004
Decisión del 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983), M.P: Olga Mélida Valle De La Hoz	Art. 14 y 19, CISG 1980
Decisión del 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113), M.P: Ramiro Pazos Guerrero	Art. 26 y 81, CISG 1980 Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 26 de julio de 2016, rad. sentencia: 11001-03-06-000-2015-00102-00(2257), M.P: Álvaro Namén Vargas	Art. 7.1.1, Principios UNIDROIT 2004
Decisión del 24 de agosto de 2016, rad. sentencia: 19001-23-31-000-2007-00147-01(41783), M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Art. 49 a 64, CISG 1980 Art. 7.1.5 y 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 20 de febrero de 2017, rad. sentencia: 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562), M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Art. 49 a 64, CISG 1980 Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 20 de junio de 2019, rad. sentencia: 25000-23-37-000-2014-01209-01(22610), M.P: Jorge Octavio Ramírez	Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2016

tencia: 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 12 de marzo de 2014, rad. sentencia: 410012331000199800884 01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de marzo de 2014, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 9 de julio de 2014, rad. sentencia: 66001-23-31-001-2000-00677-01(33831) acumulado con 66001-23-31-001-2001-00167-01. Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 18 de marzo de 2015, rad. sentencia: 47 001 23 31 000 2001 00842 01 (31618). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 13 de abril de 2015, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 20 de abril de 2015, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00037-00(50219). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 6 de mayo de 2015, rad. sentencia: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837).

### 3. Decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en las que se referencian artículos de la CISG o de los Principios UNIDROIT:

Identificación de la sentencia	Artículo del instrumento referenciado
Decisión del 16 de diciembre de 2010, rad. sentencia: 11001-3103-008-1989-00042-01, M.P: Arturo Solarte Rodríguez	Art. 77, CISG 1980
Decisión del 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01, M.P: William Namén Vargas	Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 30 de agosto de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P: William Namén Vargas	Art. 49 a 64, CISG 1980 - Art. 7.3.1, 7.3.2 y 7.3.3, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 21 de febrero de 2012, rad. sentencia: 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P: William Namén Vargas	Art. 79, CISG 1980 - Art. 6.2.1 y 6.2.3, Principios UNIDROIT 2010
Decisión del 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona	Art. 64, CISG 1980
Decisión del 9 de febrero de 2018, rad. sentencia: SC130-2018, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo	Art. 18, CISG 1980
Decisión del 7 de septiembre de 2020, rad. sentencia: SC3273-2020, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona	Art. 1.7, Principios UNIDROIT 2016

14. De las tablas anteriores se puede derivar algunos datos interesantes, tales como: I) de las 17 decisiones judiciales 11 abordan alguna disposición de la Convención de Viena y 12 refieren algún artículo de los Principios UNIDROIT en sus ediciones de los años 2004, 2010 y 2016; II) diez de las sentencias referencian solo uno de los instrumentos internacionales y siete a la CISG y los Principios UNIDROIT en conjunto; III) El Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia de Colombia son los organismos que más referencian a la CISG y los Principios UNIDROIT en su jurisprudencia con siete sentencias cada uno; y IV) el magistrado ponente que ha actuado en el mayor número de sentencias que citan a la Con-

Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 4 de septiembre de 2015, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 9 de septiembre de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2009-00526-01(45088). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 15 de octubre de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2010-00184-01(46903). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 26 de noviembre de 2015, rad. sentencia: 85001-23-31-000-2011-00109-01(51376). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 3 de diciembre de 2015, rad. sentencia: 54001-23-31-000-2006-01194-01(38936). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de enero de 2016, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 31 de mayo de 2016, rad. sentencia: 47001-23-31-000-1999-01107-01(29209). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2017, rad. sentencia: 19001-23-31-000-2002-00345-01(34225). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 5 de abril de 2017, rad. sentencia: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 19 de julio de 2017, rad. sentencia: 68001-23-31-000-2011-00554-01(57394). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 30 de agosto de 2017, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2004-01713-01(38205). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 14 de septiembre de 2017, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2003-02367-01(38515). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 19 de abril de 2018, rad. sentencia: 11001-03-15-000-2017-03461-00(AC). Consejo de Estado de Colombia (sección segunda) 18 de septiembre de 2018, rad. sentencia: 11001-03-15-000-2018-00688-01(AC). Consejo de Estado de Colombia (sección segunda) 1 de octubre de 2018, rad. sentencia: 13001-23-31-000-2012-00022-01(57897). Consejo de Estado de Colombia (sección segunda) 8 de mayo de 2019, rad. sentencia: 05001-23-31-000-2006-00318-01(58895). Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación civil) 16 de noviembre de 2018, rad. sentencia: STC14966-2018. Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala casación laboral) 6 de febrero de 2019, rad. sentencia: STL1149-2019. Consejo de Estado de Colombia (sección cuarta) 26 de febrero de 2020, rad. sentencia: 25000-23-37-000-2014-00099-01(22375). Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 27 de febrero de 2020, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714).

vención de Viena y a los Principios UNIDROIT es William Namén Vargas con tres decisiones judiciales. Una vez presentado el balance general sobre la jurisprudencia colombiana que trata a los instrumentos internacionales objeto de estudio de este artículo, procedemos a desarrollar el análisis de seis de estas sentencias de conformidad con la metodología propuesta en la introducción de este escrito.

### III. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia

#### 1. Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. vs Nación -Ministerio de Minas y Energía y otros

15. Los hechos que dieron lugar a la controversia tuvieron su origen en la oferta denominada prospecto de colocación de acciones de la empresa Cerrejón Zona Norte S.A., que en su primer tramo fue ofrecida a la Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. Tal asociación realizó una oferta por la totalidad de las acciones, la cual fue rechazada por la empresa al no ser una declaración de voluntad irrevocable, unilateral e incondicional. Posteriormente, se dio la venta de la totalidad de las acciones a otra empresa y debido a eso la demandante reclamó la nulidad de ese contrato.<sup>33</sup>

16. En este contexto, el Consejo de Estado colombiano se refirió al artículo 14 de la CISG indicando que: “la propuesta para celebrar un contrato, enfocada a una o varias personas determinadas, será una oferta si tiene suficiente precisión y señala la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación”.<sup>34</sup> Específicamente, dicho artículo de la Convención de Viena sostiene que:

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.<sup>35</sup>

17. El artículo 14 de la CISG se encuentra en el apartado de “formación del contrato” y representa uno de los preceptos que tratan específicamente la oferta en el marco de la Convención.<sup>36</sup> El primer párrafo indica los requisitos para que una proposición sea considerada como una oferta dentro de la Convención, los cuales son que la propuesta sea suficientemente definida y que esta a su vez manifieste la voluntad del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.<sup>37</sup> Vale anotar que la intención del oferente no obliga explícitamente a plasmar la indicación de “oferta del contrato” dentro del mismo para atar directamente al ofertante, sino que lo realmente importante es que del texto de la oferta pueda deducirse que, en caso de aceptación, se dé lugar al nacimiento de un contrato.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983).

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Art. 14, CISG 1980.

<sup>36</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, “Formation of Contract”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>

<sup>37</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, “Formation of Contract”, *op. cit.*; C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, “Article 14 [Requirements for an Offer]”, en C. BRUNNER, B. GOTTLIEB (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, pp. 121 – 130, p. 121; N. MAHASNEH, “Subject matter and consideration of the contract: the approaches of the 2010 UNIDROIT PICC, the 1980 CISG, and the 1976 Civil Code of Jordan”, *Uniform Law Review*, 19 (3), 2014, pp. 390–410, pp. 392-393; R. FONTALVO RAMOS, “La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías: diferentes formas de alcanzar su perfeccionamiento”, *Revista de Derecho Privado*, 57 (1), 2017, pp. 1-20, pp. 4-5.

<sup>38</sup> P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#iv>.

18. Así, en primera medida se ha entendido que la intención de quedar obligado, en caso de que el destinatario acepte la propuesta, es lo que diferencia a una oferta de una mera negociación no vinculante entre las partes del contrato<sup>39</sup> o de una simple invitación a hacer ofertas (lo que explica la existencia del segundo párrafo del artículo 14).<sup>40</sup> Dicha intención, puede demostrarse mediante los criterios del artículo 8 de la Convención, por el cual se evalúa la verdadera voluntad de obligarse a la luz de, entre otros factores, los actos o declaraciones durante la negociación o posterior a la misma.<sup>41</sup> Por otro lado, la oferta deberá ser precisa respecto a la indicación de las mercaderías, su cantidad y el precio.<sup>42-43</sup> Sin embargo, se ha establecido que dichos elementos o sus características específicas pueden dejarse abiertos para su futura determinación<sup>44</sup> y, además, que componentes como la calidad de las mercancías, el embalaje o los lugares de entrega no deben figurar obligatoriamente en la oferta.<sup>45</sup>

19. Particularmente, en relación a las mercaderías se ha determinado que pueden especificarse de forma individual o genérica y que no se requiere referencia específica a la calidad de las mismas.<sup>46</sup> Por otra parte, en lo concerniente a la cantidad como requisito de precisión de la oferta, se ha dicho que se cumple con lo establecido en el artículo 14, si se indica expresa o implícitamente la misma o si se prevé un medio para determinarla.<sup>47</sup> Finalmente, en relación el precio, Cristoph Brunner, Stefanie Pfisterer y Pascale Köster consideran que: “el precio puede fijarse como un precio total o un precio por unidad, derivarse de una referencia expresa o implícita a las listas de precios y a los precios de la bolsa o del mercado, de las prácticas y usos según el Art. 9”.<sup>48</sup>

20. Ahora bien, antes de analizar si fue correcto el entendimiento por parte de la Corporación del artículo 14 de la CISG, debemos agregar que en la misma providencia el Alto Tribunal realizó otra exposición en relación al artículo 19 de la Convención de Viena. Así, denotó que dentro de dicho precepto, se indica que cualquier aceptación que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y al mismo tiempo como una contraoferta. Igualmente, resaltó la existencia de una excepción a dicha regla contenida en el párrafo 2 del artículo 19.<sup>49</sup> Inicialmente, el artículo 19 de la CISG indica lo siguiente:

<sup>39</sup> C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 122-123; I. SCHWENZER, F. MOHS en “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzler-mohs.html>; Z. YUQING, H. DANHAN, “The New Contract Law in the People’s Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison”, *Uniform Law Review*, 5 (3), 2000, pp. 429-440, p. 432; E. MUÑOZ. “Las reglas clásicas sobre la formación del contrato en los derechos internos Iberoamericanos”, *Cuadernos De La Maestría En Derecho*, 3, 2015. Disponible en: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/433>

<sup>40</sup> I. SCHWENZER, F. MOHS, “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, *op. cit.*

<sup>41</sup> C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 122-123; A. KOMAROV, “Contract interpretation and gap filling from the prospect of the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, 22 (1), 2017, pp. 29-46, p. 34-35. Dicha interpretación basada en el artículo 8 de la Convención ha sido utilizado en casos como: Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997, case number: 3PZ97/18. Disponible en: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout\\_case\\_215\\_leg-1438.html?lng=es](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_215_leg-1438.html?lng=es)

<sup>42</sup> P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercaderías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

<sup>43</sup> Autores como Cristoph Brunner, Stefanie Pfisterer y Pascale Köster indican que también es necesario la identificación del oferente y del destinatario: C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 124.

<sup>44</sup> I. SCHWENZER, F. MOHS, “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, *op. cit.* Por otra parte, otros autores indican que, lo esencialmente necesario para considerarse como una oferta válida es la determinabilidad de los puntos principales (mercancía, cantidad y precio): C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 124-125.

<sup>45</sup> C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 124.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 125-126. Sin embargo, se ha identificado en algunos casos que una referencia a la calidad de una manera no tan precisa, constituye cumplimiento del requerimiento del Art 14: Tribunal Supremo, Austria, 10 de noviembre de 1994, case number: 2 Ob 547/93. Disponible en: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout\\_case\\_106\\_leg-1309.html?lng=es](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_106_leg-1309.html?lng=es); Oberster Gerichtshof, Austria, 20 de marzo de 1997, case number: 2 Ob 58/97m. [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout\\_case\\_189\\_leg-1078.html?lng=es](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_189_leg-1078.html?lng=es)

<sup>47</sup> CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2016, p. 101.

<sup>48</sup> Traducción libre. C. BRUNNER, S. PFISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 126-127.

<sup>49</sup> Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983).

1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2. No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.<sup>50</sup>

**21.** Así pues, el artículo refiere a las distintas situaciones presentes en la vida comercial, en las que realizada una oferta, la respuesta, que pretende ser una aceptación, establece una o más disposiciones que se añaden o son incompatibles con los términos de la misma.<sup>51</sup> En particular, ha sido mayormente aceptado por la doctrina que dentro del párrafo 1 de la norma se estableció la regla tradicional,<sup>52</sup> la cual indica que esa supuesta aceptación con modificaciones es en realidad un rechazo y una contraoferta.<sup>53</sup> En ese sentido, el comentario de la Secretaría de la CISG sobre el artículo 17 en el proyecto de 1978 (proyecto de contrapartida del artículo 19 de la Convención de Viena) se establece que:

Esta disposición refleja la teoría tradicional de que las obligaciones contractuales surgen de expresiones de acuerdos mutuos. En consecuencia, una aceptación debe cumplir exactamente con la oferta. Si la supuesta aceptación no concuerda completamente con la oferta, no hay aceptación sino que se hace una contraoferta que requiere la aceptación de la otra parte para la formación de un contrato.<sup>54</sup>

De esta manera, se establece que una declaración de aceptación que no sea igual en su contenido a la oferta, se constituirá como una contraoferta<sup>55</sup> y deberá ser aceptada expresamente por el destinatario.<sup>56</sup> Por otra parte, no es necesario que en la aceptación se utilicen las mismas palabras empleadas en la oferta, siempre y cuando las diferencias en la redacción no cambien las obligaciones de las partes.<sup>57</sup>

**22.** Como ya se mencionó, la regla establecida en dicho artículo obedece al enfoque tradicional de la oferta;<sup>58</sup> sin embargo, el artículo 19 en su apartado segundo establece la excepción a la misma.<sup>59</sup> En concreto, el párrafo 2 indica que cuando una respuesta contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren material o sustancialmente la oferta, ésta constituirá una aceptación a menos que el oferente se oponga sin demora injustificada. Por su parte, el párrafo 3 ofrece una lista parcial de ejemplos o cuestiones cuya modificación se debe considerar como una afectación material de la oferta;<sup>60</sup> ejemplos

<sup>50</sup> Art. 19, CISG 1980.

<sup>51</sup> J. O. HONNOLD, "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention". Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>

<sup>52</sup> P. SCHLECHTRIEM, "Uniform Sales Law-The UN. Convention on Contracts for The International Sale of Goods". Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-19.html>

<sup>53</sup> Así, la "mirror rule" presente en los diferentes sistemas jurídicos del mundo exige uniformidad entre la oferta y la aceptación para la formación de un contrato: E. ALLAN FARNSWORTH, "Article 19". Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth-bb19.html>. J. LOOKOFKY, "Article 19 - Mirror Image and Battle of Forms". Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo19.html>. J. S. ZIEGEL, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods". Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/ziegel19.html>

<sup>54</sup> Traducción libre. SECRETARIAT COMMENTARY, "Guide to CISG Article 19". Disponible: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-19.html>

<sup>55</sup> Resulta necesario indicar la importancia que reviste aquí el artículo 14 anteriormente señalado, en tanto que tal contraoferta así considerada igualmente deberá cumplir con los requisitos de la oferta dentro de la Convención, de esta manera se ha señalado en el caso: Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 4 de marzo de 1994, case number: 10 U 80/93. Disponible en: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout\\_case\\_121\\_leg-1324.html?lng=es](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_121_leg-1324.html?lng=es)

<sup>56</sup> C. BRUNNER, S. PEISTERER, P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 144.

<sup>57</sup> SECRETARIAT COMMENTARY, "Guide to CISG Article 19", *op. cit.*

<sup>58</sup> I. SCHWENZER, F. MOHS, "Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World", *op. cit.*

<sup>59</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, "Article 19". *op. cit.*

<sup>60</sup> No obstante, a pesar del planteamiento estricto que parece tener el párrafo 3 de la norma, en la siguiente decisión se indi-

de esas alteraciones que pueden estimarse como sustanciales han sido: la exigencia de una garantía, la propuesta de una cláusula contractual de indemnización por daños y perjuicios o la propuesta de derechos de retractación.<sup>61</sup>

**23.** A partir de lo anteriormente expuesto, puede decirse que el entendimiento dado por el Consejo de Estado a los artículos 14 y 19 de la CISG en su sentencia fue adecuado. Particularmente, la comprensión del artículo 14 fue correcto porque, a pesar de no hacer un estudio extenso sobre los elementos de la oferta en sí misma, sí resaltó los componentes más importantes señalados por la doctrina mayoritaria, como lo son que la oferta tenga suficiente precisión y que la intención del oferente sea quedar vinculado en caso de aceptación.<sup>62</sup> Correcto también fue, a nuestro parecer, la comprensión por parte de la Corporación del artículo 19 de la CISG, ya que como lo expresó este organismo, este precepto indica que la aceptación que contenga adiciones, modificaciones o limitaciones se constituirá, al mismo tiempo, como un rechazo y una contraoferta.<sup>63</sup> Del mismo modo agregó que el artículo 19 trae también una excepción a la regla general dentro de su párrafo 2,<sup>64</sup> lo que es adecuado, pues como se ha expuesto a lo largo de este análisis, el primer apartado del artículo constituye la regla tradicional que prescribe la obligatoriedad de la identidad entre la oferta y la aceptación, mientras que el segundo apartado implica que cuando las modificaciones realizadas en la aceptación no afecten materialmente la oferta, ésta se considerará válida a menos que exista oposición por parte del oferente.

## 2. Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.

**24.** La segunda sentencia que traemos a colación para entender la referencia del Consejo de Estado colombiano a instrumentos de la contratación internacional como la CISG y los Principios UNIDROIT, es la decisión del 2 de mayo de 2016 de este Alto Tribunal.<sup>65</sup> En dicho fallo, se decide un recurso de anulación en contra de un laudo arbitral que resolvía las controversias entre la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. y Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., disputas que se habían generado con ocasión de un contrato de gestión que habían suscrito las partes. Más allá del debate jurídico que se dio en el caso en concreto, el Consejo de Estado mencionó algunos aspectos del Derecho de los contratos, en particular se refirió a la potestad de una parte de terminar unilateralmente una relación contractual de conformidad con una cláusula en el contrato que lo permita, para lo cual sostuvo que:

La facultad contractual de terminación unilateral de un contrato es una estipulación reconocida y con eficacia en materia de derecho, por lo que su procedencia no sólo resulta posible en asuntos de contratación administrativa o el ejercicio de facultades excepcionales por parte de una autoridad, sino que en cualquier negocio jurídico podrá preverse esta facultad. En efecto, la autonomía privada de la voluntad

---

có que éste comprendía simplemente una presunción que podía ser debatida con pruebas refutables: Tribunal de Casación, Sala de lo Mercantil, Francia, 27 de mayo de 2014, case number: Recurso de casación núm. 12-27188. Disponible en: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout\\_case\\_1502\\_270514.html?lng=es](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_1502_270514.html?lng=es). Igualmente, sobre el carácter ilustrativo y no exclusivo de la lista que trae el párrafo 3 del artículo 19, véase a: E. ALLAN FARNSWORTH, "Article 19". *op. cit.*; F. ENDERLEIN, D. MAS-KOW, "International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods". Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>; Oberster Gerichtshof, Alemania, 20 de marzo de 1997, case number: 2 Ob 58/97m. Disponible en: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout\\_case\\_189\\_leg-1078.html?lng=es](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_189_leg-1078.html?lng=es). Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de China, República Popular China, 15 de septiembre de 2005, case number: CISG/2002/02. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/020610c1.html>.

<sup>61</sup> I. SCHWENZER, F. MOHS, "Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World", *op. cit.*

<sup>62</sup> Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 29 de julio de 2015, rad. sentencia: 25000-23-26-000-2001-01170-02 (32983).

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

permite que las partes puedan autorregular sus intereses, incluyendo las formas de terminación de sus vínculos, sin que por ello se concluya que existe un acto abusivo por alguna de ellas o que se esté desconociendo el equilibrio connatural de las partes, siempre que obren de buena fe al concluir sus relaciones.<sup>66</sup>

**25.** En ese orden de ideas, el Consejo de Estado se remitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ya que a partir de esta lograba afirmar que la potestad contractual de terminación unilateral de un contrato no es una cuestión extraña, por lo menos, en el Derecho privado nacional.<sup>67</sup> No obstante, este Alto Tribunal también se refirió a los artículos 26 y 81 de la Convención de Viena<sup>68</sup> y al artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT,<sup>69</sup> esto con el ánimo de manifestar que la facultad contractual de terminación unilateral también es una cuestión que “se encuentra reconocida en instrumentos modernos” de la contratación internacional.<sup>70</sup> Al respecto, puede decirse que la afirmación hecha por el Consejo de Estado fue inadecuada, ya que el Alto Tribunal buscaba sustentar el hecho de que las cláusulas de terminación unilateral del contrato también son una cuestión reconocida en instrumentos de la contratación internacional; empero, terminó refiriéndose a las reglas de la terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento esencial que disponen la CISG y los Principios UNIDROIT.<sup>71</sup>

**26.** Lo anterior es un asunto de relevancia para entender cómo comprende el Consejo de Estado dichos instrumentos de la contratación internacional, pues no es lo mismo decir que los textos de ese moderno derecho de los contratos permiten pactar cláusulas de terminación unilateral del contrato a decir que, a la luz de estos, se puede terminar unilateralmente una relación contractual en caso de incumplimiento de una de las partes. En uno y otro caso nos referimos a instituciones ciertamente diferentes y reguladas en instrumentos distintos, ya que, por ejemplo, si hablamos de cláusulas de terminación unilateral del contrato podremos referirnos al artículo III-1:109 del DCFR,<sup>72</sup> el cual dispone que: “los derechos, obligaciones o relaciones contractuales pueden modificarse o extinguirse mediante notificación por cualquiera de las partes si así se estipula en los términos que lo regulan”;<sup>73</sup> por el contrario, si se trata

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

<sup>67</sup> “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no desconocida por esta Corporación, ha admitido expresamente esta facultad, al indicar: La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (*accidentalia negotii*), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito [...] pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio”: Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

<sup>68</sup> Art. 26, CISG 1980. Art. 81, CISG 1980.

<sup>69</sup> Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010.

<sup>70</sup> Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

<sup>71</sup> De hecho, Jorge Oviedo Albán (hablando de la viabilidad de las cláusulas de terminación unilateral del contrato en Colombia, sin tener en consideración la terminación unilateral en caso de incumplimiento) critica la referencia que tuvo el Consejo de Estado respecto a los artículos que analizamos: “Hay que anotar que en este fallo hay una alusión que no resulta muy precisa a las reglas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y a los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. La mencionada decisión en sus consideraciones incluye las razones por las cuales considera viable pactar una cláusula de terminación unilateral en el contrato, para lo cual se apoya en doctrina y con referencia a la sentencia de 30 de agosto de 2011 de la Corte Suprema de Justicia ya citada, y entre ellas menciona la facultad reconocida tanto en la Convención (artículo 26) como en los Principios de Unidroit (artículo 7.3.1). Estas disposiciones —como bien lo recuerda también el fallo citado del Consejo de Estado— aluden a la facultad unilateral de ponerle fin al contrato por una de las partes en caso de incumplimiento de la otra. Como se ha venido indicando, y también a ello es a lo que se refiere el fallo en cita, la cláusula de terminación unilateral del contrato objeto de comentarios en este artículo, no prevé tal posibilidad ante el incumplimiento del contrato”: J. OVIEDO ALBÁN, “La cláusula de terminación unilateral del contrato”, *Vniversitas*, 138, 2019. Disponible en: [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20\(2019-I\)/82559799007/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20(2019-I)/82559799007/).

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Vale anotar que ni en la CISG ni en los Principios UNIDROIT existe una figura idéntica a la del artículo III-1:109 del DCFR; sin embargo, en los Principios UNIDROIT se puede encontrar una disposición de terminación unilateral del contrato para los casos de contratos a término indefinido, siendo esta una regla distinta a la de terminación unilateral del contrato por causa de incumplimiento que se regula en el artículo 7.3.1. Esta disposición es la del artículo 5.1.8, la cual reza que “Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación [...]”: Art. 5.1.8, Principios UNIDROIT 2010.

del derecho a terminar unilateralmente un contrato en caso de incumplimiento, podremos remitirnos al citado artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT al que en efecto se refirió el Consejo de Estado en el caso en concreto.

**27.** Ahora, el hecho de que estas sean instituciones diferentes también implica que las mismas tengan requisitos distintos para que operen en un caso concreto. Para explicar nuestro punto, basta estudiar los artículos que referenció el Consejo de Estado y así encontrar algunos elementos adicionales que traen la CISG y los Principios UNIDROIT en el evento de terminar unilateralmente un contrato en caso de incumplimiento, ello en contraste con la facultad de hacerlo a través de una cláusula de terminación unilateral del contrato como las que prevé el artículo III-1:109 del DCFR. Por ejemplo, el artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT determina el derecho a resolver un contrato de manera unilateral en los siguientes términos:

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.<sup>74</sup>

**28.** Como se puede apreciar, la regulación del artículo en mención no solo implica el derecho a resolver un contrato, sino –y fundamentalmente– el derecho a hacerlo a la luz de un incumplimiento esencial, el cual se determina a partir de una serie de elementos que se mencionan en el numeral 2 del Art. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT.<sup>75</sup> Igual deducción podrá aplicarse al campo de la CISG, pues si bien el artículo 26 (citado por el Consejo de Estado) únicamente preceptúa que: “la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”,<sup>76</sup> deberá entenderse que dicha resolución opera en contexto con otros artículos de la Convención de Viena como lo son los artículos 25, 49 y 64.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> Art. 7.3.1, Principios UNIDROIT 2010.

<sup>75</sup> R. KOCH, “Fundamental breach: Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG”, en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp 124-133, p. 128; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Función y alcance de la lex mercatoria en la conformidad material de las mercancías”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2005, pp. 103-151, p. 124.

<sup>76</sup> Art. 26, CISG 1980.

<sup>77</sup> I. DE LA MAZA GAZMURI, Á. VIDAL OLIVARES, *La modernización del Derecho de Contratos*, Bogotá, Editorial Ibañez, 2019, p. 259 y 271. En realidad, el artículo 26 representa una formalidad o notificación en el ejercicio del derecho de resolución, mas no propiamente el derecho de hacerlo en virtud de la Convención de Viena, pues eso es una cuestión que dependerá de si se satisface o no el estándar de incumplimiento esencial del artículo 25 (“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”), y de si la parte que busca ejercer la resolución del contrato lo hará de conformidad con los artículos 49 o 64 (lo que depende de si es la parte compradora o vendedora). En este sentido, los artículos 25, 49 y 64 fungen como requisitos previos para declarar la resolución del contrato y el artículo 26 como la notificación del mismo: M. DIMSEY, “International Sales Law Commercial Law, Chapter 28: Consequences of Avoidance under the CISG”, en S. M. KRÖLL, L.A. MISTELIS, et al. (eds), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, pp. 525 – 550, p. 526 y ss. Para una explicación más a fondo sobre la interrelación entre los artículos 25, 26, 49 y 64 véase a: J. YOVEL, “Buyer’s right to avoid the contract: Comparison between Provisions of the CISG (Article 49) and the counterpart provisions of the PECL (Articles 9:301, 9:303, and 8:106)” en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 397-410; J. YOVEL, “Seller’s right to

**29.** Por consiguiente, resulta notorio que no se puede equiparar la noción de cláusula de terminación unilateral del contrato a la noción de terminación unilateral en caso de incumplimiento, pues en el último evento se estará sometido al criterio de incumplimiento esencial como requisito clave para que exista el derecho a resolver el contrato de forma unilateral (por lo menos en el contexto de la CISG y los Principios UNIDROIT).<sup>78</sup> De manera distinta, cuando se termina unilateralmente el contrato por virtud de una cláusula dentro del mismo que así lo permita, habrá que seguir otra suerte de requisitos como lo son el aviso previo, la ejecución de la cláusula de buena fe y la necesidad de prolongar la relación contractual por el tiempo necesario para que la otra parte tome las medidas necesarias.<sup>79</sup>

**30.** Por otra parte, también puede indicarse que una y otra institución jurídica refieren a escenarios totalmente diferentes, pues en el caso de las cláusulas de terminación unilateral del contrato deberá atenderse al principio de la autonomía privada de las contratantes.<sup>80</sup> A partir de este principio, una parte en virtud del contrato puede dar por terminado el vínculo contractual de manera libre y sin necesidad de alegar justa causa, pero con la obligación de dar un preaviso.<sup>81</sup> En contraste, la terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento refiere a la conservación del convenio contractual y a su terminación únicamente en supuestos excepcionales, tal y como lo es precisamente el incumplimiento esencial,<sup>82</sup> por ejemplo, en el caso del artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT, la doctrina manifiesta que el mismo debe entenderse en correlación al denominado enfoque *favor contractus* (o a favor del contrato),<sup>83</sup> por el cual se busca preservar la existencia del contrato incluso a pesar del incumplimiento de alguna de las partes.<sup>84</sup>

**31.** A partir de este enfoque a favor del contrato que tienen los Principios UNIDROIT (también presente en la CISG),<sup>85</sup> el derecho de resolución debe verse como un último recurso,<sup>86</sup> de allí que no cualquier incumplimiento sea suficiente para invocar la resolución del contrato, sino únicamente aquel que sea de naturaleza esencial. Al respecto, Michael Joachim Bonell afirma que:

---

avoid the contract in international transactions: Comparative analysis of the respective provisions in the CISG and the PECL” en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 440 – 456.

<sup>78</sup> UNIDROIT, *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010*, Roma, UNIDROIT, 2010, p. 268. M. DIMSEY, *op. cit.*, p. 526.

<sup>79</sup> R. MOLINA MORALES, “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, *Revista de Derecho Privado*, 10, enero-junio, 2006, pp. 125-158, p. 128. K. MARRUGO SALDARRIAGA, *op. cit.*, p. 364. J. OVIEDO ALBÁN, “La cláusula de terminación unilateral del contrato”, *op. cit.*

<sup>80</sup> K. MARRUGO SALDARRIAGA, *op. cit.*, p. 364.

<sup>81</sup> R. MOLINA MORALES, *op. cit.*, p. 128.

<sup>82</sup> Sobre esta idea pero en la perspectiva de la CISG, Mariel Dimsey afirma que: “De la lectura de los artículos 49, 64 y 25 de la CISG se desprende claramente que la resolución del contrato se entiende como un recurso de última instancia. Una parte no puede simple e inmediatamente resolver el contrato por un incumplimiento menor de la otra parte de las obligaciones de cumplimiento acordadas en el contrato. La CISG impone a las partes una elevada carga, y si esta carga no se cumple, no se puede declarar la resolución del contrato. Los estrictos requisitos de resolución de la Convención se explican mejor haciendo referencia al contexto en la que se redactó. Dado que la CISG estaba destinada a ser utilizada como norma de elección por las partes en los contratos de compraventa internacionales, es evidente que las operaciones con una dinámica internacional de este tipo no deben ser fácilmente resueltas. De conformidad con el ámbito de aplicación de la CISG, no es sorprendente que una de sus piedras angulares sea que los contratos se mantengan y que la resolución sea un remedio *ultima ratio*”: Traducción libre. M. DIMSEY, *op. cit.*, p. 529.

<sup>83</sup> E. BRÖDERMANN, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2018, p. 218. En sentido semejante: K. PETER BERGER, “The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international contract practice: the UNIDROIT Model Clauses”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 519–541, p. 530.

<sup>84</sup> M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, New York, Transnational Publishers, 2005, p. 124; P. LERNER, “The Principles of International Commercial Contracts as model law: an Israeli perspective”, *Uniform Law Review*, 24 (1), 2019, pp. 121–148, p. 144.

<sup>85</sup> M. DIMSEY, *op. cit.*, p. 529; L. G. CASTELLANI, “Ensuring Harmonisation of Contract Law at Regional and Global Level: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Role of UNCITRAL”, *Uniform Law Review*, 13 (1-2), 2008, pp. 115–126, p. 120.

<sup>86</sup> M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *op. cit.*, p. 124. P. LERNER, *op. cit.*

Existen otras disposiciones que tienen por objeto preservar la existencia del contrato a pesar del incumplimiento de una de las partes. El primer ejemplo es el Art. 7.3.1 (“Derecho a rescindir el contrato”). Al establecer que una parte sólo puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de una obligación de la otra parte equivalga a un incumplimiento esencial (párrafo 1), este artículo deja claro que, como en la mayoría de los sistemas jurídicos, también en virtud de los Principios de UNIDROIT poner fin al contrato debe considerarse un último recurso, justificado sólo si el incumplimiento de una de las partes es lo suficientemente grave como para menoscabar las expectativas legítimas.<sup>87</sup>

32. De tal manera, cuando el Consejo de Estado afirma que: “la autonomía privada de la voluntad permite que las partes puedan autorregular sus intereses, incluyendo las formas de terminación de sus vínculos [...] siempre que obren de buena fe al concluir sus relaciones” y, a renglón seguido, cita las reglas de terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento de la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT,<sup>88</sup> no solo confunde las nociones de cláusula de terminación unilateral del contrato y terminación unilateral del contrato en casos de incumplimiento, sino que también termina desconociendo las estrictas condiciones en las que se puede dar esta última institución jurídica. Como bien se ha identificado, en uno y otro caso existen diferencias notables en cuanto a los requisitos que operan en caso de terminar unilateralmente el contrato por virtud de una cláusula que lo permita o en razón de un incumplimiento (que además deberá ser esencial); igualmente, ambas instituciones jurídicas refieren a principios que no necesariamente convergen entre sí, pues en el primer caso será la voluntad de las partes el fundamento de la terminación y en el segundo será únicamente el incumplimiento esencial lo que permita la terminación unilateral.

#### IV. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

##### 1. Sentencia C-1008 de 2010

33. En el presente caso la Alta Corporación colombiana realizaba un análisis de constitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil Colombiano.<sup>89</sup> En este contexto señaló que: “la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación” y, posteriormente, trajo a colación el artículo 74 de la CISG señalando que en él se adopta el criterio de la previsibilidad del daño como medida para establecer la magnitud de la indemnización.<sup>90</sup> En particular, la Corte Constitucional dijo de la disposición internacional que:

De este modo, la Convención ata el quantum de la indemnización a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato según la previsibilidad de la lesión atribuible al deudor al momento de la cele-

<sup>87</sup> Ibidem, p. 124; K. PETER BERGER, “The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international contract practice: the UNIDROIT Model Clauses”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 519–541, 530. Igualmente, pero en el campo de las reglas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento de la CISG (y su materialización efectiva en el artículo 26), Christopher M. Jacobs sostiene que este “constituye el recurso más extremo disponible para una parte agraviada en caso de incumplimiento del contrato. En consecuencia, la capacidad de rescindir un contrato está sujeta a varios requisitos en virtud del Convenio. Uno de esos requisitos exige que la declaración de resolución se realice mediante notificación a la parte incumplidora”: Traducción libre. CHRISTOPHER M. JACOBS, “Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability”. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/jacobs.html>

<sup>88</sup> Consejo de Estado de Colombia (sección tercera) 2 de mayo de 2016, rad. sentencia: 11001-03-26-000-2014-00063-00(51113).

<sup>89</sup> “Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”: Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

<sup>90</sup> Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

bración del contrato. En otras palabras, la medida de la indemnización está atada a los daños previsibles; además prevé que el conocimiento de las condiciones existentes al momento del nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, son la medida que determinará la cuantía del resarcimiento, dentro de los extremos permitidos de la indemnización, aplicándose la concurrencia de culpas para tasar la compensación económica.<sup>91</sup>

### 34. Inicialmente, el artículo 74 de la CISG reza que:

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.<sup>92</sup>

35. Se ha fijado por la doctrina que el artículo 74 establece la fórmula general para el cálculo de los daños producto de un incumplimiento de cualquiera de las partes – vendedor o comprador – de las obligaciones establecidas en la Convención;<sup>93</sup> dicho derecho a reclamar tiene su fuente en los artículos 45 párrafo 1 literal b) y en el literal b) párrafo 1 del artículo 61.<sup>94</sup> En palabras de Victor Knapp: “el artículo 74, como disposición introductoria a la fracción IV, establece la regla básica para el cálculo de daños [...] Al mismo tiempo, establece implícitamente las condiciones en las que la parte infractora es responsable de los daños y la forma de indemnización de la pérdida sufrida por la parte perjudicada”.<sup>95</sup> Además, la doctrina también indica que el artículo 74 establece que la pérdida del acreedor con ocasión del incumplimiento del contrato del deudor debe ser cubierta en su totalidad y en forma monetaria por la parte infractora.<sup>96</sup>

36. Es de resaltar que dentro de la Opinión No. 6 del Consejo Asesor de la CISG se resaltó que el artículo 74 refleja el principio del resarcimiento integral y se agregó que: “el objetivo del Artículo 74 es poner a la parte perjudicada en la misma posición económica que ésta tendría si el incumplimiento no hubiera ocurrido y el contrato hubiese sido cumplido fielmente”.<sup>97</sup> Ello requiere que el acreedor se coloque en la posición que habría ostentado si se hubiera realizado el contrato, para lo cual, el artículo reconoce como daños indemnizables el valor de la pérdida sufrida, es decir, el daño emergente y el lucro cesante.<sup>98</sup> Además, autores como Christoph Brunner, Nils Schmidt-Ahrendts y Mark Czarnecki, estiman que el daño resarcido deberá ser el efectivamente sufrido:

[...] el Acreedor sólo puede ser compensado por la pérdida realmente ocurrida [...] En principio, esto debe calcularse concretamente (mediante la presentación, la justificación y posiblemente la prueba

<sup>91</sup> Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

<sup>92</sup> Art. 74 CISG 1980.

<sup>93</sup> C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, “Article 74 [General Rule for Measuring Damages]”, en C. BRUNNER, B. GOTTLIEB (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, pp. 510 – 535, p. 511. En el mismo sentido: F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.* Michael Bridge resalta la importancia de la inclusión de una regla general para el cálculo de daños, en tanto que, si dentro de la Convención no se hubiera previsto una disposición de este talante, existiría la dificultad de divergencia de tasaciones en los diferentes Estados: M. BRIDGE, “The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 19 (4), 2014, pp. 623 – 642, p. 630.

<sup>94</sup> Así lo señala V. KNAPP, “Article 74”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb74.html>. De la misma manera lo reitera: F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.*

<sup>95</sup> Traducción libre. V. KNAPP, *op. cit.*

<sup>96</sup> C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, p. 511.

<sup>97</sup> CONSEJO ASESOR SOBRE LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (“CISG-AC”), Opinión Consultiva No. 6, Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG. Relator: Profesor John Y. Gotanda, Universidad de Villanova Escuela de Derecho, Villanova, Pennsylvania, EE. UU.<sup>97</sup>

<sup>98</sup> C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 512 – 514. Al mismo tiempo en: SECRETARIAT COMMENTARY, “Guide to CISG article 74”. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html> se menciona que “La filosofía básica de la acción de indemnización de daños y perjuicios es situar al pate perjudicada en la misma posición económica en la que se encontraría si se hubiera cumplido el contrato”: Traducción libre.

de los hechos necesarios) [...] Una pérdida futura (principalmente en forma de una pérdida de beneficios esperada no necesita ser demostrada con certeza de cien por cien, pero al menos con un grado razonable de certeza.<sup>99</sup>

**37.** De manera específica, la primera parte del artículo 74 estipula la indemnización de todas las pérdidas<sup>100</sup> – incluido el lucro cesante – sufridas por el agraviado y, en la oración subsiguiente, se refiere a la limitación de la compensación a lo que la parte que incumple haya previsto o debió haber previsto al momento de la celebración del contrato.<sup>101</sup> En relación al primer apartado, existen tres condiciones para el nacimiento de la reparación: el incumplimiento del contrato por parte del vendedor o comprador, la pérdida sufrida por la otra parte y la causalidad entre ambas.<sup>102</sup> En lo concerniente al incumplimiento del contrato, Pilar Perales Viscasillas expresa que: “se trata de una regla que establece una responsabilidad objetiva y no subjetiva, por lo que no se basa en la culpa o en la negligencia de la parte incumplidora como base para solicitar la indemnización”.<sup>103</sup> A diferencia de los sistemas jurídicos que requieren la existencia de la culpa o de negligencia,<sup>104</sup> el artículo 74 únicamente exige el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en la Convención o en el contrato.<sup>105-106</sup>

**38.** Ahora, la segunda parte del artículo 74 indica que el reconocimiento de los daños está sujeto a la prueba de la previsibilidad.<sup>107</sup> Esta consiste en que la responsabilidad del deudor se limita a las pér-

<sup>99</sup> C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 513 – 514.

<sup>100</sup> Ingeborg Schwenzer indica que “El artículo 74 contiene dos nociones esenciales: el principio de compensación total (*principe de la réparation intégrale*) y el de limitación de la responsabilidad por la regla de previsibilidad”: Traducción libre. I. SCHWENZER, *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010, p. 1000. Igualmente se hace mención del principio de reparación integral en el caso Oberster Gerichtshof [Supreme Court], Austria, 9 de marzo de 2000, case number: 6 Ob 311/99z. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/000309a3.html>.

<sup>101</sup> CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2016, p. 381.

<sup>102</sup> V. KNAPP, *op. cit.* En el mismo sentido se han pronunciado C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 510 – 535, pp. 512 - 516.

<sup>103</sup> P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* De la misma manera se ha establecido por algunos tribunales que el derecho a exigir daños y perjuicios es independiente de la parte que haya incumplido: Appellate Court München, Alemania, 8 de febrero de 1995, case number: 7 U 1720/94. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>; Oberlandesgericht Linz, Austria, 8 de febrero de 2012, case number: 1 R 206/11m. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/120208a3.html>. Así mismo lo resaltan autores como V. KNAPP, *op. cit.*; C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 510 – 535, p. 512.

<sup>104</sup> La CISG no distingue de los daños causados por falta grave, negligencia o culpa, ya que a diferencia de ordenamientos como el francés que en su Código Civil (Art. 1150) estipula que quien incumple bajo dichos presupuestos deberá abarcar categorías de daños no previsibles, en la Convención no existe figura similar: P. GÉLINAS, “Chapter 1. General Characteristics of Recoverable Damages in International Arbitration”, en Y. DERAIS & R. KREINDLER (eds), *Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, International Chamber of Commerce, 2006, pp. 11 – 36, p. 16.

<sup>105</sup> P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* Autores como Pilar Perales Viscasillas expresan que será aplicable la regla a cualquier situación de incumplimiento, siendo estas la falta de conformidad, falta o retraso en la entrega, impago en precio y falta de recepción: P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* Por su parte, Ingeborg Schwenzer señala que: “El mero incumplimiento de una obligación contractual es suficiente para generar responsabilidad. Es suficiente que, al vencimiento, una obligación no se ha cumplido en absoluto o se ha cumplido o formado inadecuadamente; el promitente no necesita tener la culpa o ser puesto en incumplimiento, por ejemplo mediante una advertencia o fijando un período de tiempo adicional (Nachfrist)”: Traducción libre. I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1003.

<sup>106</sup> Es importante resaltar que dicha pérdida solo podrá ser reclamada por quienes fueron partes en el contrato, impidiendo que terceros afectados reclamen de acuerdo a la disposición: F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.* Así también lo señala Ingeborg Schwenzer: I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1004.

<sup>107</sup> Dicha regla encuentra su antecedente dentro del derecho romano y más tarde dentro del Código Napoleónico. Por otro lado, también se identifica dentro del *common law* por primera vez en el caso *Hadley c. Baxendale* y se volvió a mencionar en *Victoria Laundry c. Newman Industries*: D. SAIDOV, “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>. Así igualmente lo reitera E. ALLAN FARNSWORTH, “Damages and Specific Relief”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farns.html>; R. BEHESHTI, “The absence of choice of law in commercial contracts: problems and solutions”, *Uniform Law Review*, 24 (3), 2019, pp. 497–519, pp. 509 y ss.

didadas que él, como parte incumplidora, había o debía haber previsto como consecuencia de un posible incumplimiento del contrato en el momento de la formación del mismo.<sup>108</sup> La regla de la previsibilidad se constituye como un estímulo para calcular correctamente el riesgo vinculado a la contratación,<sup>109</sup> ya que esta impide que se recuperen daños que no hubiesen podido preverse.<sup>110</sup> En este sentido, Ingeborg Schwenzer menciona que: “la previsibilidad es la regla que limita la responsabilidad del promitente y el alcance de los daños a los riesgos que pudo prever en el momento de la celebración del contrato, teniendo en cuenta las circunstancias y el propósito del contrato”.<sup>111</sup>

**39.** Así mismo, la previsibilidad se divide en un criterio subjetivo de conocimiento (“hubiera previsto”) y en uno objetivo (“debiera haber previsto”).<sup>112</sup> En cuanto al criterio subjetivo, Victor Knapp sostiene que: “se considerará que la parte incumplidora conoce los hechos y materias que permiten prever las consecuencias del incumplimiento del contrato si dicho conocimiento proviene generalmente de la experiencia de un comerciante, o, en otras palabras, si dicho conocimiento puede ser en dado caso, el que se esperaba de él teniendo en cuenta su experiencia”;<sup>113</sup> igualmente, también se considerará que la parte incumplidora conoció cuando la otra parte le haya llamado la atención sobre tales consecuencias a tiempo.<sup>114</sup> Por otro lado, el aspecto objetivo se trata de un conocimiento presunto, en tanto que siempre que el daño sea una consecuencia normal del incumplimiento del contrato, debería haberse previsto.<sup>115</sup> De tal manera, el requisito de previsibilidad en su faceta objetiva se cumple si “en todas las circunstancias del caso considerado, una persona razonable podría haber previsto las consecuencias del incumplimiento del contrato, aunque no en todos los detalles y en su cuantía definitiva”.<sup>116</sup> En consecuencia, la prueba del estándar objetivo será suficiente para que la parte que incumplió deba hacerse cargo de la pérdida;<sup>117</sup> en cambio, si se requiere que la indemnización abarque daños por encima de lo que cualquier persona razonable habría considerado normal, solo se responderá si el riesgo en particular fue mencionado en el momento de la celebración del contrato o si era asumible de alguna otra manera.<sup>118</sup>

<sup>108</sup> C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, pp. 514 – 516; J. A. ESTRELLA FARIA, “Another BRIC in the wall: Brazil joins the CIGS”, *Uniform Law Review*, 20 (2-3), 2015, pp. 211–242, p. 238; P. VARUL, “CISG : a Source of Inspiration for the Estonian Law of Obligations”, *Uniform Law Review*, 8 (1-2), 2003, pp. 209–210. Además del límite de la previsibilidad, autores como Knapp señalan que “Esta responsabilidad está considerablemente limitada por las condiciones de previsibilidad de la pérdida [...] y por las exenciones previstas en los artículos 79 y 80”: Traducción libre. V. KNAPP, *op. cit.*

<sup>109</sup> I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1001.

<sup>110</sup> M. KOCHANOWSKI, “Chapter III: The Award and the Courts, Foreseeability of Damage under CISG Applied in International Arbitration – New Solutions to Old Problems?”, en C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, et al. (ed.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 233-263, pp. 235 – 237.

<sup>111</sup> Traducción libre. I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1018.

<sup>112</sup> Art. 74, CISG 1980. D. SAIDOV, *op. cit.* Dicha división también es reconocida en tribunales como Multi-Member Court of First Instance of Athens, Grecia, 2009, case number: 4505/2009. Disponible en <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html>. De la misma manera Ingeborg Schwenzer, menciona la existencia de un estándar objetivo, el cual es mayormente utilizado en la reclamación de daños y uno subjetivo que funciona como una herramienta para ampliar la previsibilidad a circunstancias que en primera medida eran imprevisibles. I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1019 – 1020.

<sup>113</sup> V. KNAPP, *op. cit.*

<sup>114</sup> V. KNAPP, *op. cit.* Igualmente Djakhongir Saidov agrega que: “Las prácticas comerciales, los métodos de contabilidad y la amplia comunicación de información ponen más conocimientos a disposición de ambas partes”: Traducción libre. D. SAIDOV, *op. cit.* Ejemplo de la aplicación del enfoque subjetivo de la norma es el caso *Rabbit Skin Case*; en el mismo, el Tribunal de Arbitraje consideró que el vendedor que incumplió, conocía el contrato de reventa por parte del comprador, ya que así se lo había informado anteriormente y a partir de ello podía prever de acuerdo a los hechos el margen de ganancia del mismo: CIETAC diciembre 2006. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/061200c2.html>.

<sup>115</sup> F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.*

<sup>116</sup> Traducción libre. Oberster Gerichtshof, Austria, 14 de enero de 2002, case number: No 7 Ob 301/01t. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.

<sup>117</sup> D. SAIDOV, *op. cit.* Autores como Knapp, consideran que “La redacción previó o debería haber previsto deja claro que la parte que reclama los daños no necesita probar que la parte infractora realmente previó la pérdida, bastará con que demuestre que la parte infractora estaba objetivamente en condiciones de preverlo”: Traducción libre. V. KNAPP, *op. cit.*

<sup>118</sup> F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.* Igualmente, así lo consideran C. BRUNNER; N. SCHMIDT-AHRENDTS; M. CZARNECKI, *op. cit.*, p. 516; J. RAMBERG, “Unification of Sales Law : a Look at the Scandinavian States”, *Uniform Law Review*, 8 (1-2), 2003, pp. 201–208, p. 202–204.

**40.** Así las cosas, retomando lo dicho en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que se está analizando (en donde se resaltó que la magnitud de la indemnización del perjuicio – en el marco del artículo 74 de la CISG – está atado a la previsibilidad del daño) y en relación con el análisis teórico anteriormente propuesto, podemos identificar que cuando la Alta Corporación colombiana se refiere a que: “la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación” y cita a la Convención de Viena (artículo 74),<sup>119</sup> se está refiriendo específicamente al conocimiento cierto (subjetivo) establecido en el apartado de “hubiera previsto”. No obstante, resaltamos que la Corte Constitucional, a pesar de tener un entendimiento correcto del aspecto subjetivo de la previsibilidad del Art. 74, obvió una oportunidad para realizar una explicación del segundo estándar que ahí se encuentra, (el objetivo), lo cual hubiera sido de gran aporte al entendimiento de la CISG por parte de la jurisprudencia de las altas cortes colombianas. Lo anterior hubiese significado una comprensión completa del elemento de la previsibilidad que propone este artículo, ya que – como se señaló párrafos atrás – es la prueba del estándar objetivo de la previsibilidad la que resulta suficiente para que la parte incumplidora sea responsable y, por el contrario, el estándar subjetivo importa solo cuando se pretenden daños que van más allá de lo que cualquier persona razonable habría considerado normal.

**41.** Por otra parte, el Tribunal Constitucional también sostuvo respecto al artículo 74 de la CISG que:

De lo anterior se sigue que en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil *contractual* continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad. Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la Unidroit,<sup>120</sup> acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios.

**42.** En un análisis de la conclusión a la que arribó la corporación, se puede denotar cierta confusión en si el estándar subjetivo y objetivo del artículo 74 de la CISG está atado a la noción de culpa y si, de alguna manera, el criterio de la previsión y la previsibilidad está relacionado con la misma. Debemos decir que en una opinión mayoritaria de la doctrina,<sup>121</sup> se ha considerado que la responsabilidad albergada en el artículo 74 es de tipo objetiva, al únicamente exigir un incumplimiento de cualquier tipo para configurarse. Por ejemplo, Fritz Enderlein y Dietrich Maskow afirman que: “los daños se pueden reclamar sin importar si el incumplimiento del contrato se ha cometido de forma intencionada o negligente o, de cualquier forma. El mero hecho de un incumplimiento del contrato es suficiente”.<sup>122</sup> Así, hacemos un llamado de atención al entendimiento más preciso de esta disposición y una comprensión de acuerdo a los estándares expuestos por la doctrina mayoritaria.

**43.** Finalmente, si bien no fue el enfoque central del argumento de la cita por parte de la Corte Constitucional en cuanto a la previsibilidad de los daños, nos llama fuertemente la atención el entendimiento que tuvo la Corte respecto del artículo 74, cuando sostuvo que la tasación de los perjuicios debía hacerse teniendo en cuenta la previsibilidad del daño y “aplicándose la concurrencia de culpas para tasar

<sup>119</sup> Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

<sup>120</sup> Debemos resaltar que la Corporación citó los principios textualmente y solamente se refirió a los mismos para referir que “contemplan la previsibilidad del daño como medida de lo resarcible”: Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

<sup>121</sup> P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*; V. KNAPP, *op. cit.*; C. BRUNNER, N. SCHMIDT-AHRENDTS, M. CZARNECKI, *op. cit.*, p. 512. De la misma manera se ha establecido por Tribunales que el derecho a exigir daños y perjuicios es independiente de la parte que haya incumplido como en: Oberlandesgericht [Appellate Court], Austria, 8 de febrero 2012, case number: 1 R 206/11m. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/120208a3.html>. También en: OLG München [Provincial Appellate Court], Alemania, 5 de marzo de 2008. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/080305g1.html>.

<sup>122</sup> Traducción libre. F. ENDERLEIN, D. MASKOW, *op. cit.*

la compensación económica”.<sup>123</sup> A nuestro entender, resulta poco preciso introducir una referencia a la concurrencia de culpas sin especificar los artículos o la figura dentro de la Convención que lo sustentarían. Además, la doctrina internacional sostiene que: “salvo indirectamente, la CISG no se ocupa de la cuestión de la conducta contributiva de la parte inocente que se suma a la pérdida o daño sufrido”.<sup>124</sup>

## 2. Sentencia C-207 de 2019

44. La segunda sentencia que traemos a colación para valorar cómo entiende la Corte Constitucional de Colombia los instrumentos de la contratación internacional que estudiamos es la decisión C-207 del 15 de mayo de 2019.<sup>125</sup> En este fallo, el Tribunal Constitucional analizó una demanda de constitucionalidad en contra de la Ley 1882 de 2018 (por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones).<sup>126</sup> En particular, el accionante –quien además era el Contralor General de la República – consideraba que algunas disposiciones de dicha Ley violaban la Constitución Política de Colombia, ello porque reconocían derechos patrimoniales al contratista que hubiese ejecutado parcialmente un contrato revestido de objeto o causa ilícita. Desde la posición del demandante en la acción de constitucionalidad, esos contratos vulneraban desde su creación el ordenamiento jurídico colombiano y, por lo tanto, al contratista no se le debería restitución o reconocimiento de derecho patrimonial alguno por la ejecución de un contrato que estuviese viciado por objeto o causa ilícita.<sup>127</sup>

45. Para analizar el cargo de violación a la Constitución, el Tribunal Constitucional colombiano se remitió a una gama muy amplia y variada de argumentos jurídicos dentro del derecho nacional; sin embargo y para los efectos de nuestro análisis, resulta interesante la manera en cómo la Corte se refirió a los efectos que tiene la nulidad del contrato en materia de restituciones, ya que, aunque haya analizado los mismos de cara al campo de la contratación administrativa en Colombia, terminó refiriéndose a los Principios UNIDROIT. Específicamente, el Tribunal aludió que:

[...] la restitución a cargo de las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta requiere no solo de la verificación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del análisis de la conducta y conocimiento de las partes en el momento de contratar y de otros factores que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, incluyendo, por supuesto, los principios de buena fe y equidad. Esta postura analítica del caso a caso, resulta incluso concordante con el derecho internacional y comparado en materia contractual respecto del conocimiento que las partes tuvieron sobre la licitud de los actos a la hora de celebrar un contrato, que ha sido expresamente considerada como un criterio relevante a la hora de determinar

<sup>123</sup> El párrafo completo se expone así: “De este modo, la Convención ata el quantum de la indemnización a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato según la previsibilidad de la lesión atribuible al deudor al momento de la celebración del contrato. En otras palabras, la medida de la indemnización está atada a los daños previsibles; además prevé que el conocimiento de las condiciones existentes al momento del nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, son la medida que determinará la cuantía del resarcimiento, dentro de los extremos permitidos de la indemnización, aplicándose la concurrencia de culpas para tasar la compensación económica”: Subrayado fuera del texto. Corte Constitucional de Colombia 9 de diciembre de 2010, rad. sentencia: C-1008 de 2010.

<sup>124</sup> S. EISELEN, “Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis”. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen5.html#33>. Así mismo, en una visión más moderada, Christoph Brunner y Friederike Schäfer sostienen que: “La situación en que cada una de las partes contribuye independientemente a la pérdida sufrida por sus respectivos incumplimientos de obligaciones debe diferenciarse en el caso en el que el acreedor causa el incumplimiento de la obligación del deudor que da lugar a la pérdida [...] Si ambas partes contribuyen a la pérdida, un principio general en el sentido del Art. 7(2) puede derivarse del Art. 77 y del art. 80, según el cual las respectivas contribuciones deben ser tenidas en cuenta para la distribución de la pérdida”: Traducción libre. C. BRUNNER, F. SCHÄFER, “Article 77 [Mitigation of Damages]”, en C. BRUNNER, B. GOTTLIEB (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, pp. 545-550, p. 546.

<sup>125</sup> Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

<sup>126</sup> Ley 1882 de 2018, Diario Oficial No. 50.477 de 15 de enero de 2018.

<sup>127</sup> Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

la razonabilidad de las restituciones frente a un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícita. Así lo reflejan los principios de Unidroit, que en su versión 2016 y luego de un exhaustivo y riguroso examen del derecho comparado en la materia, decidió adentrarse a codificar las reglas sobre los efectos del contrato ilícito. Al respecto, se consideró que las restituciones proceden cuando resultan razonables, y que dicha razonabilidad debe ser calificada entre otras, por el conocimiento que las partes tenían de la contravención a la norma imperativa.<sup>128</sup>

46. A renglón seguido, la Corte Constitucional citó como fundamento de su argumentación los artículos 3.3.1 y 3.3.2 de los Principios UNIDROIT, los cuales conforman la sección tres (denominada ilicitud) del capítulo tres sobre la validez de los contratos en el marco de este instrumento de contratación.<sup>129</sup> En particular, el artículo 3.3.1 de los Principios UNIDROIT sostiene que:

(Contratos que violan normas de carácter imperativo): (1) La violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4 de estos Principios, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, tendrá los efectos, en el supuesto que los tuviera, que dicha norma establezca expresamente. (2) Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias. (3) Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (a) la finalidad de la norma violada; (b) la categoría de personas que la norma busca proteger; (c) cualquier sanción que imponga la norma violada; (d) la gravedad de la violación; (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y (g) las expectativas razonables de las partes.<sup>130</sup>

47. Al respecto, la doctrina entiende al artículo 3.3.1 de los Principios UNIDROIT como una importante limitación al principio de libertad contractual,<sup>131</sup> pues tal y como lo reconocen los comentarios oficiales a los Principios cuando hablan de este artículo: “la libertad de contratación en los Principios no es ilimitada. Las partes no solamente deben celebrar el contrato sin que medie error ni intimidación, sino que además el contrato no debe contrariar las normas imperativas que fueren aplicables”.<sup>132</sup> Ahora, dichas normas imperativas serán las aplicables de conformidad con el artículo 1.4 de los Principios UNIDROIT, el cual dispone que: “estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.<sup>133</sup> Bien denota Eckart Brödermann que el artículo 3.3.1 (y su consiguiente 3.3.2) son “la segunda parte del artículo 1.4”, pues resultan una consecuencia directa de la vigencia que tienen esas normas imperativas y el artículo 1.4 en los mencionados Principios.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> Es importante destacar que la sección tres denominada ilicitud recién fue introducida para la edición 2010 de los Principios UNIDROIT: R. MOMBERG URIBE, A. PINO EMHART, *op. cit.*, p. 166.

<sup>130</sup> Art. 3.3.1, Principios UNIDROIT 2016.

<sup>131</sup> O. REMIEN, “Public law and public policy in international commercial contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010: a brief outline”, *Uniform Law Review*, 18(2), 2013, pp. 262–280, p. 269.

<sup>132</sup> Traducción libre. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, UNIDROIT, 2016, p. 125.

<sup>133</sup> Art. 1.4, Principios UNIDROIT 2016.

<sup>134</sup> Traducción libre. E. BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 105. En un sentido semejante, Stefan Vogenauer explica el concepto de “normas imperativas” del artículo 1.4 y su manifestación en el artículo 3.3.1 de la siguiente manera: “La regla básica sobre las violaciones de “normas obligatorias” se encuentra en el nuevo artículo 3.3.1(1) de los UPICC. Esta noción se desarrolla mediante una referencia cruzada al Artículo 1.4, disposición que se refiere a “las normas imperativas, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables de conformidad con las normas pertinentes del derecho internacional privado”. Las normas nacionales obligatorias en sentido estricto derivan de las leyes nacionales o, en los sistemas jurídicos basados en el *stare decisis*, del derecho hecho por los jueces. Las normas internacionales y supranacionales obligatorias en sentido estricto derivan de tratados de derecho internacional público que han sido incorporados al derecho nacional por los Estados contratantes o son (como en los sistemas jurídicos monistas) directamente aplicables en esos Estados. Sin embargo, el grupo de trabajo previó un significado más amplio de la noción de normas imperativas, como se desprende de la revisión que hizo en el comentario oficial del artículo 1.4 de los UPICC: esas normas tienen por objeto incluir no sólo las disposiciones imperativas de las leyes y convenciones, sino también los ‘principios generales de orden público’ no escritos (principes généraux d’ordre public), ya sean de origen nacional, internacional o supranacional”: Traducción libre. S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 495.

**48.** En tal sentido, la importancia del artículo 3.3.1 de los Principios UNIDROIT es indudable, ya que determina los efectos en concreto que implicará la violación de una norma de carácter imperativo de conformidad con el artículo 1.4 de estos Principios.<sup>135</sup> Respecto a los efectos en concreto que generará en el contrato la aplicación práctica del artículo 3.3.1, Miguel Unceta Laborda explica que se debe “distinguir entre dos supuestos. Por un lado, cuando la propia norma imperativa prevé de manera expresa los efectos que su vulneración produce en el contrato y, por otro, cuando la norma imperativa no prevé estos efectos”.<sup>136</sup> Lo anterior se asimila a los comentarios oficiales del artículo 3.3.1, los cuales distinguen entre sí: I) la norma imperativa determina los efectos de su vulneración, para lo cual sostienen que:

Algunas veces la norma imperativa misma determina expresamente los remedios de naturaleza contractual o el derecho de restitución que las partes pueden hacer valer en caso de su violación. Así, por ejemplo, el artículo 101 (2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 85 (2) del Tratado de Roma) establece expresamente que los acuerdos entre empresas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea, prohibidos por el artículo 101 (1), “serán nulos de pleno derecho”.<sup>137</sup>

O II) si la norma imperativa nada dice sobre los efectos de su vulneración, en cuyo caso se manifiestan así:

Si la norma imperativa no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, el párrafo (2) prevé que las partes puedan ejercitar “aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias”. Esta fórmula es lo suficientemente amplia para permitir la mayor flexibilidad posible. Así, a pesar de la violación de una norma imperativa, una o ambas partes podrán ejercitar los remedios ordinarios disponibles en el caso de un contrato válido (incluido el derecho al cumplimiento), o de otros remedios tales como el derecho a tratar el contrato como carente de todo efecto, su adaptación o resolución en las condiciones que deberán ser determinadas.<sup>138</sup>

**49.** Con relación al segundo artículo citado por el Tribunal Constitucional colombiano (artículo 3.3.2), este dispone que:

(Restitución): (1) En el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3.3.1, podrá proceder la restitución siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias. (2) Para determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3.3.1 (3), con las adaptaciones necesarias. (3) Si se reconoce la restitución, se aplicarán las reglas del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.<sup>139</sup>

**50.** Al respecto, dicho artículo debe entenderse como una solución particular dada por los Principios UNIDROIT a las situaciones donde se cumplan contratos que infrinjan normas imperativas de conformidad con el artículo 1.4; solución que implica la restitución de las prestaciones cumplidas en la

<sup>135</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., p. 126. Vale destacar que la vulneración a estas normas imperativas se puede dar de diversas formas. Al respecto, Lauro Gama Jr. sostiene que: “Un contrato puede infringir las normas obligatorias de diferentes maneras: por sus propios términos, como la corrupción o los acuerdos de soborno; por su cumplimiento, como la construcción de un edificio que infringe normas ambientales; por la forma en que se forma, como un contrato de venta obtenido por la corrupción; y por su propósito, como la venta de órganos humanos”: Traducción libre. L. GAMA JR., “Contract validity in the PICC (and their potential interplay with the CISG)”, *Uniform Law Review*, 22(1), 2017, pp. 72–97, p. 93. En sentido semejante M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 16(3), 2011, pp. 517–536, p. 525.

<sup>136</sup> M. UNCETA LABORDA, “Principios de Unidroit e Ilícitud del Contrato Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (2), 2013, pp. 620–628, p. 623.

<sup>137</sup> Traducción libre. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., p. 128.

<sup>138</sup> Traducción libre. *Ibidem*, p. 129.

<sup>139</sup> Art. 3.3.2, Principios UNIDROIT 2016.

ejecución de ese tipo de contratos, siempre que estas resulten razonables.<sup>140</sup> En relación a la viabilidad de la restitución, los comentarios oficiales al artículo en mención disponen lo siguiente:

Aun cuando las partes no puedan ejercer los remedios de naturaleza contractual por violar una norma imperativa, cabe preguntarse si las partes pueden exigir al menos la restitución de las prestaciones cumplidas en virtud del contrato. De conformidad con el Artículo 3.3.1 (1), la respuesta dependerá, en primer lugar, de la norma imperativa misma, según ésta trate o no expresamente la cuestión [...] Si la norma imperativa guarda silencio al respecto, este artículo, siguiendo la tendencia moderna, adopta una perspectiva flexible y prevé que cuando un contrato que viole una norma imperativa haya sido cumplido, puede ser reconocida la restitución, siempre que ésta sea razonable atendiendo a las circunstancias [...].<sup>141</sup>

**51.** En efecto, la perspectiva o el enfoque que acoge el artículo 3.3.2 es realmente flexible y moderno, ya que conceder la restitución por el cumplimiento de contratos que vulneran normas imperativas difiere “de la mayoría de las leyes nacionales que restringen severamente o incluso prohíben las demandas de restitución en escenarios similares”.<sup>142</sup> De hecho, este enfoque estaría totalmente vedado, por ejemplo, en jurisdicciones afiliadas con el *common law*, pues tal y como sostiene un grupo de análisis entre la IBA y la UNIDROIT sobre la aplicación práctica de los Principios que analizamos, “mientras que el Artículo 3.3.1(2) otorga ‘el derecho a ejercer los recursos previstos en el contrato que en las circunstancias sean razonables’, y el Artículo 3.3.2 permite la restitución después del ‘cumplimiento del contrato’, la ley inglesa considera que un contrato ilegal es nulo y, por lo tanto, incapaz de cumplirse”.<sup>143</sup>

**52.** No obstante lo anterior, ese criterio moderno del artículo 3.3.2 de los Principios UNIDROIT debe considerarse ajustado para contratos internacionales, ya que como sostiene Eckart Brödermann: “esta flexibilidad se correlaciona mejor con la amplia gama de constelaciones que pueden observarse en el comercio y las inversiones internacionales, las cuales a veces engloban muchas jurisdicciones y actuaciones (relevantes) de terceros de diversa índole, incluidas las posibles infracciones de la ley”.<sup>144</sup> Además, la fórmula de la restitución está atada a un estándar que, aunque flexible, no es absoluto, pues la razonabilidad de las restituciones – de conformidad con el párrafo (2) del artículo analizado – se evaluará a partir de los criterios a los que se refiere el párrafo (3) del artículo 3.3.1, esto es: “a) La finalidad de la norma violada; b) La categoría de personas que la norma busca proteger; c) Cualquier sanción que imponga la norma violada; d) La gravedad de la violación; e) Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; f) Si el cumplimiento del contrato conlleva violación; g) Las expectativas razonables de las partes”.<sup>145</sup>

<sup>140</sup> M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *op. cit.*, p. 533. En ese sentido semejante se pronuncia el caso *Voges Metalurgia v. Inversiones Metalmecánicas*: Court of Appeal State of Rio Grande do Sul, Brazil, 30 de marzo de 2017, case number: 4-25.2016.8.21.7004192500. Disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=2042&step=Abstract>

<sup>141</sup> Traducción libre. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, *op. cit.*, p. 144. Ibidem. En sentido semejante M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *op. cit.*, p. 533; S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 496.

<sup>142</sup> Traducción libre. S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 496. En sentido semejante, M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *op. cit.*, p. 531; E. GAILLARD, “2018 LALIVE LECTURE: The Myth of Harmony in International Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 34 (3), 2019, pp. 553 – 568, p. 565. E. GAILLARD, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration”, *Arbitration International*, 35(1), 2019, pp. 1–19, p. 13.

<sup>143</sup> Traducción libre. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION & UNIDROIT, *Perspectives in Practice of the UNIDROIT Principles 2016 Views of the IBA Working Group on the practice of the UNIDROIT Principles 2016*, International Bar Association, 2019, p. 128.

<sup>144</sup> Traducción libre. E. BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 106. Sobre el enfoque flexible de este artículo en el marco de los contratos de inversión véase: M. J. BONELL, “International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the Unidroit Principles of International Commercial Contracts?”, *Uniform Law Review*, 17(1-2), pp. 141–159, p. 151.

<sup>145</sup> M. UNCETA LABORDA, *op. cit.*, p. 626.

53. A partir de todo lo anterior, debe concluirse que el entendimiento de la Corte Constitucional sobre los artículos de los Principios UNIDROIT que referenció fue adecuado, ya que en efecto: I) los artículos 3.3.1 y 3.3.2 entran a “codificar las reglas sobre los efectos del contrato ilícito” en el marco de los Principios,<sup>146</sup> efectos que también incluyen la restitución de conformidad con el artículo 3.3.2; II) las restituciones cuando se han cumplido contratos que violan normas imperativas “proceden cuando resultan razonables”,<sup>147</sup> lo que se evidencia en la redacción literal del artículo 3.3.2; y III) la razonabilidad de una restitución se deriva a partir de una serie de criterios que también se relatan en el artículo 3.3.2, de los cuales resalta (entre otros), “el conocimiento que las partes tenían de la contravención a la norma imperativa”.<sup>148</sup> Ahora, no solo debe reconocerse que el entendimiento de los Principios en este caso fue adecuado, sino también que la Corte logra acompasar el entendimiento que tiene el sistema jurídico colombiano en materia de restituciones por el cumplimiento de contratos que violan normas imperativas, con un enfoque internacional adoptado por los Principios UNIDROIT; es decir, el enfoque de que las restituciones sobre el cumplimiento de contratos que violen normas imperativas resultan procedentes siempre que estas sean razonables atendiendo a las circunstancias.<sup>149</sup>

## V. Entendimiento de la CISG y los Principios UNIDROIT en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

### 1. Compañía Suramericana de Seguros S.A. vs Compañía Transportadora S.A.

54. La Corte Suprema de Justicia colombiana, tuvo conocimiento de este caso cuyo origen devino por los daños sufridos en una mercancía transportada marítimamente desde Houston (EE.UU.) hasta Cartagena (Colombia). En el análisis que realizó la Corte respecto de la aplicación al caso en concreto del artículo 1644 del Código de Comercio colombiano,<sup>150</sup> se sostuvo que el artículo en mención permite pactar cláusulas limitativas a la responsabilidad contractual. En ese contexto y para argumentar que dichas cláusulas limitativas no son absolutas, el Alto Tribunal citó, entre otros argumentos, al artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT, principios que refirió como manifestación de las nuevas tendencias de la *Lex Mercatoria*.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

<sup>147</sup> Ibidem.

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> No obstante, vale destacar que para el particular caso de la Ley 1882 de 2018, la Corte ató la restituciones contractuales a una aplicación de la buena fe que entendió de la siguiente manera: “La Corte Constitucional consideró que, dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, sus miembros o los terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones”: Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2019, rad. sentencia: C-207/19.

<sup>150</sup> “Indeterminación del valor de las mercancías en la declaración - responsabilidad. Cuando en la declaración inserta en el conocimiento no haya determinado el cargador el valor de las mercaderías pero sí su naturaleza, y el transportador, su agente marítimo o el capitán del buque no hubieren formulado la oportuna reserva sobre dicha declaración, se atenderá el transportador para la indemnización al precio de dichas mercaderías en el puerto de embarque. Pero en este caso podrá pactar un límite máximo a su responsabilidad. Si la pérdida se debe a dolo o culpa grave del transportador o del capitán, la responsabilidad será por el valor real de la cosa, sin limitación. Además, para los efectos del presente artículo y del anterior, el transportador deberá indemnizar al cargador los demás gastos en que éste haya incurrido por razón del transporte”: Art. 1644. Decreto 410 de 1971, Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

<sup>151</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01. Igualmente, la sentencia del Alto Tribunal advirtió que hay una diferencia normativa entre los actos o negocios de conocimiento de embarque, transporte, compraventa y factura de compraventa. Respecto a la compraventa, la corporación hace una referencia a la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, para sostener que en el plano internacional la compraventa mercantil se rige mediante la parte tercera de dicha Convención, pues la misma

**55.** Al respecto, el artículo 7.1.6 dispone que: “Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”.<sup>152</sup> En este entendido se pueden indicar, al menos, dos cuestiones: I) una cláusula de exoneración será aquella que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o aquella que permita al deudor ejecutar una prestación sustancialmente diversa de la que el acreedor espera y II) las cláusulas de exoneración no podrán ser invocadas siempre.

**56.** En relación al primer punto, se entenderá como una cláusula de exoneración aquella donde se haya previsto la limitación o exclusión de la responsabilidad de una parte por su incumplimiento.<sup>153</sup> Dichas cláusulas pueden manifestarse en diferentes formas, por ejemplo, serán manifestaciones de este tipo de cláusulas el establecer un monto fijo que limite el resarcimiento, el consagrar un porcentaje del cumplimiento en cuestión o el imponer la retención de un depósito.<sup>154</sup> Además, autores como Eckart Brödermann, añaden a esta lista las cláusulas penales que tienen el objetivo de limitar la responsabilidad.<sup>155</sup> Por el contrario, no serán cláusulas de exoneración aquellas que simplemente definan el alcance de la obligación.<sup>156</sup>

**57.** Así mismo, también se pregonará como una cláusula de exoneración aquella que permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera.<sup>157</sup> Desde la posición sostenida en los comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT se señala el siguiente ejemplo:

Una compañía de turismo ofrece a un precio considerablemente alto una excursión que incluye el alojamiento en hoteles de lujo. Una cláusula del contrato contempla la posibilidad de que la compañía pueda modificar las condiciones de alojamiento en caso de que así lo exijan las circunstancias. Si la compañía aloja a sus clientes en hoteles de segunda clase, habrá de responder por incumplimiento a pesar de la existencia de la cláusula, porque los clientes esperan justamente ser alojados en hoteles de categoría similar a la prometida.<sup>158</sup>

---

fue aprobada por la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, declarada exequible según sentencia C-529 de 2000 y promulgada por el Decreto 2826 de 2001: Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01.

<sup>152</sup> Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010.

<sup>153</sup> M. FONTAINE, “Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d’UNIDROIT: Observations critiques”, *Uniform Law Review*, 2 (2-3), 1998, pp. 405-408, p. 406. Por su parte, casos como *Eiseres vs Atria Watermanagement B.V.* y el caso *Meritz Fire & Marine Insurance Co Ltd vs Tsakos Industrias Navales S A* pueden ser citados como manifestación de la exclusión de responsabilidad y de la limitación de la responsabilidad, respectivamente. El primero de ellos al haber pactado una cláusula de exoneración que eximía al vendedor de toda responsabilidad por las pérdidas sufridas por el comprador al utilizar la maquinaria suministrada y, el segundo, al haber pactado que la responsabilidad del astillero en caso de pérdidas causadas al buque se limitaba a las pérdidas ocasionadas por la conducta dolosa de su personal técnico. Hoge Raad, Países Bajos, 11 de julio de 2008, case number: C07/012HR. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/case/1547>. Tribunal de Apelaciones 1° Civil, Uruguay, 22 de octubre de 2014, case number: SEF 0003-000176/2014. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/case/1989>.

<sup>154</sup> UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250.

<sup>155</sup> E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 197. Respecto a la posibilidad de la cláusula penal como manifestación de limitación de la responsabilidad, debe tenerse en cuenta que ésta no podrá ser ejecutada si a la misma le son aplicables las circunstancias del artículo 7.1.6, es decir, si su aplicación resulta manifiestamente injusta (postulado del art. 7.1.6) la misma no podrá ser invocada: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 251.

<sup>156</sup> Para comprender esta afirmación los Comentarios Oficiales de los Principios Unidroit han presentado el siguiente ejemplo “El dueño de un hotel exhibe un cartel en el que se responsabiliza por los automóviles que son depositados en el garaje, pero no por los objetos dejados dentro de ellos. Esta disposición no constituye una cláusula de exoneración para los propósitos de este artículo, porque su finalidad es simplemente la de definir el alcance de la obligación del dueño del hotel”: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 251.

<sup>157</sup> Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010; M. FONTAINE, op. cit., p. 406; UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250.

<sup>158</sup> UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250 – 251.

Este ejemplo logra poner de manifiesto que la posibilidad de ejecutar una prestación sustancialmente diversa, debe corresponder con las expectativas razonables del acreedor y que, además, no todas las cláusulas de exoneración serán aplicables.

**58.** En relación a los supuestos donde no pueden ser invocadas las cláusulas de exoneración, debe destacarse que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, estas son, en principio, válidas.<sup>159</sup> De tal manera, las cláusulas de exoneración de la responsabilidad tienen relación o están fundadas sobre principios como la libertad contractual<sup>160</sup> y la vinculatoriedad del contrato.<sup>161</sup> No obstante, existe el escenario en donde debe prevalecer el principio de justicia contractual,<sup>162</sup> es decir, llegado el caso en que la aplicación de la cláusula de exoneración se torne manifiestamente desleal, la misma no podrá ser invocada en virtud del mencionado principio. Así, existe la prohibición de aplicar una cláusula de exoneración cuando esta sea manifiestamente injusta<sup>163</sup> y cuando, aunque en sí misma no sea manifiestamente injusta, no pueda ser invocada.<sup>164</sup>

**59.** Respecto al primer caso, es decir, la prohibición de aplicar una cláusula de exoneración cuando esta sea manifiestamente injusta,<sup>165</sup> la misma se materializa cuando la cláusula es intrínsecamente injusta o cuando su aplicación conduce a un desequilibrio manifiesto.<sup>166</sup> De manera particular, el caso *El Paso Energy International Company vs The Argentine Republic*, sostuvo que no se aplicaría la exoneración de responsabilidad por incumplimiento si la parte que la reclama “tiene el control de la situación” o si sería “manifiestamente injusto” permitir dicha exoneración.<sup>167</sup> En relación a la segunda situación (cuando, aunque en sí misma la cláusula no sea manifiestamente injusta, no pueda ser invocada), los comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT refieren que: “este sería el caso, por ejemplo, en el cual el incumplimiento sea consecuencia de la culpa grave, o cuando la parte perjudicada no haya podido evitar, mediante la contratación de un seguro, las consecuencias de la limitación o exoneración de responsabilidad”.<sup>168</sup>

<sup>159</sup> UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250 y 252; E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 197; D. TALLON, “Damages, Exemption Clauses, and Penalties”, *American Society of Comparative Law*, 40 (3), 1992, pp. 675-682, p. 680.

<sup>160</sup> Art. 1.1 Principios UNIDROIT 2010: “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”.

<sup>161</sup> Art. 1.3 Principios UNIDROIT 2010: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”.

<sup>162</sup> “Este artículo opta por otorgarle al juez amplia discreción basada en el principio de justicia contractual. Las disposiciones del contrato que regulan las consecuencias del incumplimiento son válidas en principio, pero el juez puede ignorar las cláusulas leoninas”: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 250.

<sup>163</sup> Si bien los Comentarios Oficiales sostienen que está la prohibición para el fallador de aplicar la cláusula de exoneración cuando esta sea manifiestamente injusta y cuando no pueda ser invocada; dichos Comentarios también sostienen que el fallador no está facultado para modificar los términos de esta cláusula: UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* op. cit., p. 253. Igualmente en: A. ROSSET, “UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven”, *Uniform Law Review*, 2 (3), 1997, pp. 441-449, p. 447; J. LOOKOFKY, “The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT ‘Restatement’ and Danish Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 46 (3), 1998, pp. 485-508, p. 495; M.J. BONELL, R. PELLEGI, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table”, *Uniform Law Review*, 9 (2), 2004, pp. 315-396, p. 324; M. BRIDGE, “The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, op. cit., pp. 629 y 637. Sin embargo, autores como Eckart Brödermann manifiestan que dicha actuación es posible siempre que el fallador esté facultado por las partes para ello: E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 198.

<sup>164</sup> UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 252.

<sup>165</sup> Eckart Brödermann afirma que dicha prohibición “forma parte del núcleo obligatorio de los Principios de UNIDROIT” (Traducción libre) y que además está en consonancia con el compromiso general de actuar con equidad ubicado en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT: E. BRÖDERMANN, op. cit., p. 197. Para ver una crítica a la estipulación del “manifiestamente injusta” ver M. FONTAINE, op. cit., p. 407 - 409.

<sup>166</sup> UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 252.

<sup>167</sup> Traducción libre. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) 31 de octubre de 2011, case number: ARB/03/15. Disponible en: <http://www.unilex.info/principles/case/1658>

<sup>168</sup> UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, op. cit., p. 252.

60. Como se ha identificado a lo largo del análisis, los Principios UNIDROIT consagran la posibilidad de pactar cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad, como lo son aquellas que limiten o excluyan la responsabilidad de una parte por incumplimiento o aquellas que permitan al deudor ejecutar una prestación sustancialmente diversa de la que el acreedor espera. No obstante, estas no pueden ser invocadas cuando fuere “manifiestamente desleal hacerlo”,<sup>169</sup> ello a la luz del principio de justicia contractual. De esta manera, debemos llegar a la conclusión de que en el caso en concreto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dado un entendimiento adecuado de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, pues fue correcto sostener que las mismas no pueden predicarse absolutas desde la perspectiva internacional citando, entre otros, a los Principios UNIDROIT.<sup>170</sup>

## 2. Sentencia SC4420-2014

61. En este pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia colombiana analizó la aplicabilidad al caso en concreto del artículo 1546 del Código Civil colombiano<sup>171</sup> y sostuvo que el mismo otorgaba dos acciones o derechos a la parte cumplidora: solicitar el cumplimiento o solicitar la resolución.<sup>172</sup> Si bien del caso en concreto se desprendía que el demandante solicitaba el cumplimiento,<sup>173</sup> el Alto Tribunal también realizó un análisis de la resolución,<sup>174</sup> el cual se hizo en el plano nacional (citando legislación y doctrina), en el derecho comparado y en el derecho uniforme. Dentro de los preceptos de derecho uniforme que referenció la Corte, estuvo – entre otros – la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, específicamente en su artículo 64(1)(a).<sup>175</sup>

62. Posteriormente, la Alta Corporación equiparó el artículo 1546 de la legislación nacional y las disposiciones del derecho uniforme (en donde, como se precisó, se encuentra la Convención de Viena) al sostener que las mismas constituían la expresión contemporánea de la cláusula romana conocida como *lex commissoria*; específicamente la Corte manifestó lo siguiente:

El precepto 1546 del derecho nacional, así como todo el conjunto de disposiciones señaladas en el marco del derecho comparado, constituyen la expresión contemporánea de la añeja cláusula romana conocida como *Lex commissoria*, que se añadía expresamente al contenido de un contrato, según la cual el vendedor que había cumplido con sus obligaciones, si la otra parte no ejecutaba lo debido, emergía a su favor el derecho de resolución con la restitución de lo dado.<sup>176</sup>

63. El equiparar como expresión contemporánea de la cláusula romana conocida como *lex commissoria* al precepto del artículo 1546 del Código Civil colombiano y a la CISG, es una imprecisión. Para comprender la anterior afirmación, partamos de la idea que nos presenta Mauro Paladini al proponer una visión histórica y comparativa del instituto de la resolución por incumplimiento.<sup>177</sup> Dicho autor presenta dos modelos de resolución del contrato por incumplimiento de uno de los contratantes,

<sup>169</sup> Art. 7.1.6, Principios UNIDROIT 2010.

<sup>170</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de septiembre de 2011, rad. sentencia: 11001-3103-026-2000-04366-01.

<sup>171</sup> “Condición Resolutoria Tácita. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”: artículo 1546. Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

<sup>172</sup> Dicha afirmación la hizo dejando claro que la acción de resolución “únicamente puede ser ejercido en forma típica y peculiar por quien ha cumplido sus obligaciones o se allanó a cumplirlas”: Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014.

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> De la sentencia puede desprenderse que dicho análisis se realizó con el ánimo de establecer los puntos similares y divergentes para que resultara procedente la solicitud de cumplimiento o la solicitud de resolución: Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> M. PALADINI, “Nuevas perspectivas en materia de contrato por incumplimiento”, *Revista IUSTA*, 1 (30), 2009, pp. 131-139.

estos modelos son el judicial (en donde se requiere de una sentencia que declare la resolución) y el sustancial (“en el cual la resolución se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho”).<sup>178-179</sup> Así, el autor presenta los dos modelos de resolución y, seguidamente, presenta los orígenes de esos modelos, orígenes que tienen inicio en la raíz misma de la institución de resolución,<sup>180</sup> para lo cual distingue entre el derecho romano y el derecho canónico.<sup>181</sup>

**64.** Respecto del derecho romano, este autor referencia a la *lex commissoria* (una “cláusula accesorio de la compraventa, en virtud de la cual la propiedad de la cosa retornaba al vendedor si el comprador no pagaba el precio”),<sup>182</sup> pero enfatiza lo siguiente: “en el derecho romano la disolución del contrato se verificaba solamente en consecuencia de la expresa declaración del vendedor de querer valerse de la *lex commissoria*, según un esquema que podríamos referir al modelo que hace poco hemos definido como sustancial”.<sup>183</sup> Por su parte, en relación al derecho canónico, el autor en mención expresó que: “la condición tácita del Derecho Canónico no producía la extinción de la obligación ni automáticamente ni como consecuencia de la declaración de querer dar por resuelto el contrato” sino que “exigía el recurso al juez, quien era la única autoridad titular del poder discrecional absoluto de pronunciar o negar la resolución”.<sup>184</sup>

**65.** Como se puede evidenciar, al hablar de la resolución se habla de dos modelos distintos (el sustancial y el judicial) que tienen a su vez dos orígenes distintos (el derecho romano – *lex commissoria* – y el derecho canónico, respectivamente). Ahora, consideramos que lo importante de precisar el origen de las instituciones consiste en evidenciar que estamos ante modelos distintos que han tenido características divergentes para su aplicación y que, por tanto, no deben ser objeto de una equiparación tan amplia. Por ejemplo, si el artículo 1546 del Código Civil colombiano proviene del derecho canónico,<sup>185</sup> requiere resolución judicial<sup>186</sup> y, además, el mismo tendrá sus propios presupuestos que la jurisprudencia nacional ya ha decantado y que se pueden entender como: “a) Que el contrato sea válido, b) Que el contratante que proponga la acción haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo; y c) Que el contratante demandado haya incumplido lo pactado a su cargo”.<sup>187</sup> Pero si por el contrario, hablamos de la CISG y sostenemos que en la misma no se requiere la resolución judicial<sup>188</sup> sino que esta ha acogido la declaración unilateral de resolución,<sup>189</sup> encontraremos que sus presupuestos serán diferentes.

**66.** En relación a los requisitos para que una declaración de resolución en el marco de la CISG pueda considerarse válidamente realizada, Pilar Perales Viscasillas sostiene que deben cumplirse los

<sup>178</sup> Ibidem. En sentido semejante al propuesto por Mauro Paladini, pero en el especial caso del derecho francés véase a: C. SZLADITS, “Discharge of Contract by Breach in Civil Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 2 (3), 1953, pp. 334–354, 335.

<sup>179</sup> Como ejemplos de normas internacionales y de códigos que representan estos modelos están: I) para la declaración unilateral de resolución: Principios UNIDROIT (art. 7.3.1), derecho alemán (§ 326 Código Civil alemán), derecho suizo (arts. 107 y 108 del Código de las Obligaciones) y II) para la resolución tácita: derecho chileno (art. 1489 del Código civil), el derecho francés (art. 1184 del Código civil): F. MANTILLA, F. TERNERA, “La resolución de los contratos en el Derecho colombiano”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 2005, pp. 43-71, pp. 63 – 64; M. PALADINI, *op. cit.*, pp. 134 -139.

<sup>180</sup> M. PALADINI, *op. cit.*, p. 132.

<sup>181</sup> Ibidem, pp. 132 – 133.

<sup>182</sup> Ibidem., p. 132. F. NAVIA, “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, 14, 2008, pp. 35-67, p. 48.

<sup>183</sup> M. PALADINI, *op. cit.*, p. 133.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 133. F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, pp. 62 – 63.

<sup>185</sup> F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 63.

<sup>186</sup> F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 62. M. PALADINI, *op. cit.*, p. 139. F. NAVIA, *op. cit.*, p. 40.

<sup>187</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014.

<sup>188</sup> C. A. POLO MARTÍNEZ, “Incumplimiento esencial del contrato en la Legislación Civil y Comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos”, *Revista Vis Juris*, 6 (11), 2019, pp.9-69, pp. 47-48. M. PALADINI, *op. cit.*, p. 139. F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 69.

<sup>189</sup> M. PALADINI, *op. cit.*, p. 138. Además, es necesario recalcar que, en lo concerniente a la resolución consagrada en la Convención de Viena de 1980, la intervención judicial (o arbitral) se limita a revisar la declaración unilateral de la resolución en caso de que una de las partes se oponga a la misma: F. MANTILLA, F. TERNERA, *op. cit.*, p. 69. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

siguientes presupuestos: “que se dé alguna de las circunstancias que acciona el mencionado derecho y que sea comunicada a la otra parte en tiempo oportuno”.<sup>190</sup> Así, las circunstancias en las que es posible hacer uso de la resolución son los artículos 49 y 64 de la CISG, los cuales consagran – respectivamente – la opción para que el comprador pueda declarar resuelto el contrato y la facultad para que el vendedor también lo haga.<sup>191</sup> En concreto, la Corte Suprema de Justicia – citando el artículo 64 (1) (a) – se refirió a los eventos de resolución unilateral en casos de incumplimiento esencial por parte del comprador; dicha disposición reza que: “1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; [...]”.<sup>192</sup>

**67.** Particularmente, este artículo requiere entonces que el incumplimiento sea esencial y además la comunicación oportuna del mismo.<sup>193</sup> Respecto del incumplimiento esencial, este deberá verse a la luz del artículo 25 de la CISG,<sup>194</sup> el cual sostiene que: “el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.<sup>195</sup> En relación a la comunicación, para que la resolución surta efectos siempre deberá tenerse en cuenta el artículo 26 de la CISG, el cual dispone que: “la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”.<sup>196</sup>

**68.** En conclusión, si bien la precisión respecto de los orígenes de la figura de la resolución puede en principio parecer insignificante, es necesario que se realicen tales distinciones, pues de lo contrario, se terminan equiparando figuras que, si bien consagran una resolución, son diferentes y responden a antecedentes diversos como lo son el derecho romano y el derecho canónico. De esta manera, se debe distinguir los modelos de resolución del contrato de tipo judicial y sustancial, ya que, en el primero – como es el caso del ordenamiento jurídico colombiano en su artículo 1546 del Código civil – requerirá del pronunciamiento de un juez sobre la resolución; en cambio, el modelo sustancial – como el que acoge la CISG con la resolución unilateral del contrato – responderá a otros supuestos como los que propone el artículo 64 (1) (a); así mismo, si estas resoluciones son diferentes, también responderán a requisitos diversos (piénsese por ejemplo, en la comunicación requerida por la Convención). En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia fue imprecisa al equiparar la Convención de Viena (Art. 64 (1) (a)) y el artículo 1546 del Código civil colombiano con la *lex commissoria*.<sup>197</sup>

<sup>190</sup> P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

<sup>191</sup> Art 49 y 64, CISG 1980. R. KOCH, “Seller’s right to declare avoidance based on non-compliance with Nachfrist: Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Articles 63 and 64 of the CISG”, en J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) As Uniform Sales Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 198–206, pp. 198 y ss.; M. BRIDGE, “Avoidance For Fundamental Breach Of Contract Under The Un Convention On The International Sale Of Goods”, *International & Comparative Law Quarterly*, 59 (4), 2010, pp. 911 – 940, p. 930; J.A. ESTRELLA FARIA, *op. cit.*, p. 235.

<sup>192</sup> Art. 64(1) (a), CISG 1980.

<sup>193</sup> P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.*

<sup>194</sup> CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2010, p. 200.

<sup>195</sup> Art. 25, CISG 1980. En relación al incumplimiento esencial del contrato véase los siguientes casos: Seoul High Court, República de Corea, 14 de octubre de 2010, case number: 2010Na29609. Disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/1712>. District Court, S.D., Estados Unidos, 17 de diciembre de 2001, case number: 1:01-CV-691. Disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/732>.

<sup>196</sup> Art. 26, CISG 1980. P. PERALES VISCASILLAS, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *op. cit.* CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías compendio*, Naciones Unidas, 2010, p. 200. Tribunal de Commerce Versailles, Francia, 12 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/1527>.

<sup>197</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala de casación civil) 8 de abril de 2014, rad. sentencia: SC4420-2014.

## VI. Conclusiones

69. En su jurisprudencia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, han referenciado en 17 de sus decisiones judiciales a distintos artículos y disposiciones de dos de los instrumentos de la contratación internacional más importantes actualmente: La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Lo anterior, más allá de ser un fundamento suficiente para afirmar que en el sistema jurídico colombiano estos instrumentos son un criterio de análisis y de referencia importante, compromete a las altas cortes judiciales de Colombia a tener un correcto entendimiento de aquellos.

70. La Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, como instrumentos del derecho uniforme que son, requieren ser entendidos, interpretados y aplicados a partir del contexto en que fueron redactados, la uniformidad que pretenden para el régimen de las transacciones internacionales y la internacionalidad que tienen como ámbito de aplicación. Al fin y al cabo, disposiciones como los artículos 7 de la CISG y 1.6 de los Principios UNIDROIT, consagran que estos instrumentos deben ser interpretados teniendo en cuenta su carácter internacional y previendo que su objetivo es promover la uniformidad en su aplicación. Por lo tanto, un entendimiento inadecuado de las corporaciones judiciales más importantes del ordenamiento jurídico colombiano dista por completo de los anteriores criterios.

71. Con relación a nuestro problema de investigación, puede indicarse que tres de los seis pronunciamientos analizados tuvieron un entendimiento incorrecto de las disposiciones y artículos que citaron de la Convención de Viena y/o los Principios UNIDROIT. Específicamente, nos llamó fuertemente la atención el pronunciamiento *Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. vs Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.*, del Consejo de Estado y la sentencia SC4420-2014 de la Corte Suprema de Justicia. En el primero, el Consejo de Estado terminó confundiendo las nociones de terminación unilateral del contrato en caso de incumplimiento esencial que traen la CISG y los Principios UNIDROIT, con la figura de la cláusula de terminación unilateral del contrato; en el segundo, la Corte Suprema de Justicia, equiparó la resolución unilateral del contrato que se propone en el artículo 64 (1) (a), con la figura de la resolución judicial que en el ordenamiento colombiano se consagra en el artículo 1546 del Código Civil, desconociendo que estas figuras jurídicas son diferentes y tienen requisitos divergentes. Finalmente, no sobra indicar que en la sentencia C-1008/10, la Corte Constitucional terminó “nacionalizando” las figuras o disposiciones que citó de la CISG; es decir, entendió el artículo 74 de la CISG a la luz de concepciones del derecho nacional como la concurrencia de culpas.

72. Debe indicarse que el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional representan la más alta categoría de jueces del sistema judicial colombiano, desarrollan la jurisprudencia en este país y direccionan el entendimiento del derecho en Colombia, por lo que sus criterios sobre los instrumentos de contratación internacional que se abordan en este artículo tendrán efectos evidentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, un entendimiento defectuoso de la convención de Viena y los Principios UNIDROIT, es un grave error que aleja al ordenamiento jurídico colombiano de las tendencias, normas y reglas más importantes que rigen las transacciones comerciales internacionales.

73. No obstante, debemos reconocer que no todos los pronunciamientos analizados arrojaron una comprensión inadecuada de la CISG y los Principios UNIDROIT, lo cual implica que el entendimiento de las altas cortes judiciales no es absolutamente erróneo; ejemplo de ello es el pronunciamiento *Asociación Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. v Nación -Ministerio de Minas y Energía y otros*, del Consejo de Estado y la sentencia *Compañía Suramericana de Seguros S.A. vs Compañía Transportadora S.A.*, de la Corte Suprema de Justicia. En el primero, el Consejo de Estado tuvo un correcto entendimiento de los artículos 14 y 19 de la CISG y, en el segundo, la Corte Suprema

de Justicia comprendió correctamente el artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT. Encima, también resulta pertinente indicar que en la sentencia C-207/19, la Corte Constitucional entendió adecuadamente las disposiciones 3.3.1 y 3.3.2 de los Principios UNIDROIT, además de que con ello – de forma novedosa – logró acompasar el entendimiento de disposiciones del derecho nacional con figuras que adoptan las más modernas y flexibles tendencias en materia de contratos internacionales.

**74.** Así las cosas, teniendo en cuenta este variado espectro de decisiones judiciales, donde algunas responden al entendimiento adecuado de la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT y otras pueden catalogarse de entendimientos erróneos, esperamos que este escrito, más que denotar la situación de la jurisprudencia colombiana con relación a estos instrumentos internacionales, motive una comprensión cada vez más correcta de aquellos. Lo anterior, es importante porque la interrelación que pueda tener el derecho nacional con las reglas que rijan las transacciones internacionales puede ser beneficioso para entender preceptos del derecho doméstico, para que estas integren o complementen disposiciones del mismo o, inclusive, para que permitan acompasar el ordenamiento jurídico colombiano con las tendencias, reglas y normas del derecho internacional en materia de contratos. Ahora, también debe preverse que dentro de poco tiempo los altos tribunales judiciales colombianos se enfrenten a casos donde la ley aplicable al fondo del litigio sean la CISG o los Principios UNIDROIT o – aún más allá – que futuras legislaciones intenten modular los avances de estos, convirtiendo así sus disposiciones en la cuestión del día a día del ejercicio del derecho en Colombia.

# LEY APLICABLE A LOS *SMART CONTRACTS* Y *LEX CRYPTOGRAPHIA*

## APPLICABLE LAW TO *SMART CONTRACTS* AND *LEX CRYPTOGRAPHIA*

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Loyola Andalucía*

Recibido: 09.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5966>

**Resumen:** La irrupción de los smart contracts o contratos inteligentes basados en la cadena de bloques plantea importantes desafíos para el Derecho contractual y el Derecho internacional privado. Estos contratos tienen, además, la capacidad de operar, en gran medida, al margen del ordenamiento jurídico y, con ello, de poner en jaque al tradicional monopolio legislativo del Estado. Algunos ya vaticinan que los algoritmos terminarán por desplazar a la Ley y a jueces y tribunales, una vez se consolide lo que se denomina la *Lex Cryptographia*. Ante esta situación, el presente trabajo aborda tres cuestiones principales: Primero, analiza la ley aplicable a los smart contracts bajo el régimen del Reglamento Roma I. Segundo, estudia el fenómeno de la *Lex Cryptographia* y su interacción con el ordenamiento jurídico estatal. Finalmente, examina el papel del Derecho internacional privado para garantizar la seguridad jurídica en la contratación inteligente, así como el adecuado equilibrio entre regulación e innovación tecnológica.

**Palabras clave:** blockchain, smart contracts, *Lex Cryptographia*, ley aplicable, Derecho internacional privado, competencia regulatoria.

**Abstract:** Blockchain-based smart contracts pose significant challenges for Contract Law and Private International Law. At the same time, smart contracts using blockchain technology can largely operate outside the legal system and thereby, challenge the traditional legislative monopoly of the State. Some even predict that algorithms will eventually replace the law and the judicial system, once the so-called *Lex Cryptographia* is consolidated. Against this background, the present article addresses three main issues: First, it deals with the applicable law to smart contracts under the Rome I Regulation. Second, it studies the phenomenon of the *Lex Cryptographia* and its interaction with the state legal system. Finally, it analyses the ability of Private International Law to respond to some of the main challenges that arise in relation to smart contracts, namely, the need to provide legal certainty and a right balance between regulation and technological development.

**Keywords:** blockchain, smart contracts, *Lex Cryptographia*, applicable law, Private International Law, regulatory competition.

**Sumario:** I. Introducción. Los contratos inteligentes. II. La ley aplicable a los smart contracts bajo el Reglamento Roma I. III. La *Lex Cryptographia*. IV. Equilibrio entre legislación y autorregulación. El papel del Derecho internacional privado. 1. Seguridad jurídica. Autonomía de las partes y *lex fori*. 2. Competencia regulatoria y desarrollo tecnológico. A) Competencia regulatoria. B) Equilibrio entre regulación y desarrollo tecnológico. Interacción con la *Lex Cryptographia*. V. Conclusiones.

## I. Introducción. Los contratos inteligentes

1. El término *smart contracts* o contratos inteligentes fue acuñado por el informático y jurista NICK SZABO en 1994 como aquellos acuerdos contractuales donde la verificación, aplicación y ejecución de los términos del contrato está automatizada,<sup>1</sup> por ejemplo, una máquina expendedora de bebidas. En los últimos años el término ha empezado a utilizarse en referencia a programas informáticos que eliminan la discreción humana en la ejecución del contrato. Con ello se garantiza el cumplimiento de los términos contractuales sin tener que recurrir a jueces y tribunales,<sup>2</sup> puesto que el programa tiene el control sobre aquellos objetos físicos o digitales necesarios para realizar la ejecución. Ejemplos de smart contracts son un programa instalado en un vehículo que evita su puesta en marcha si los términos del alquiler no se cumplen, o un software bancario que transfiere automáticamente dinero, si se cumplen ciertas condiciones.

2. La aparición de la tecnología blockchain ha supuesto una vuelta de tuerca para la contratación inteligente, puesto que los términos del contrato y las condiciones relacionadas con su ejecución pueden ser programadas en la cadena de bloques y, con ello, garantizar la confianza que supone su inmutabilidad y neutralidad. De esta forma, se obtiene un programa que siempre va a actuar de la misma forma, sin requerir de la buena voluntad de la otra parte o de un tercero.<sup>3</sup>

3. En la blockchain las transacciones se llevan a cabo *peer to peer* o de usuario a usuario, están encadenadas unas con otras y no pueden separarse, por lo que el acceso a una determinada transacción permite conocer todo su historial previo. Efectivamente, cada operación se registra irreversiblemente en un bloque de datos que almacena varias operaciones y cuyo contenido se encripta a través de un algoritmo llamado “hash,” estando la clave de encriptado de cada transacción basada en la transacción anterior. La clave es crucial para descryptar la información y poderla leer de nuevo. Por ello, si se ha manipulado la transacción anterior, la transacción actual no será legible.<sup>4</sup>

Los bloques se distribuyen entre los diferentes nodos, de forma que cada transacción se registra uniformemente entre los participantes, una vez ratificada la validez de la operación en base a transacciones anteriores. Puesto que la información contenida en una cadena de bloques no puede ser suprimida o alterada sin el consenso de la red, se ha afirmado que la cadena de bloques es “simultáneamente resistente, transparente e inviolable.”<sup>5</sup>

Una transacción se inicia en la blockchain cuando el remitente introduce una clave digital única que permanece en secreto para él (“clave privada”) y la clave públicamente conocida del destinatario (“clave pública”) a una cadena de firmas digitales en Internet.<sup>6</sup> Todas las transacciones son públicas, pero se consideran anónimas porque nada relaciona a individuos u organizaciones con las cuentas identificadas en las transacciones.

4. La plataforma pionera en ofrecer soluciones para desarrollar smart contracts fue *Ethereum*<sup>7</sup> en 2014, utilizando *Solidity* como lenguaje de programación, aunque ya han surgido muchas otras platafor-

<sup>1</sup> N. SZABO, *Smart Contracts*, 1994, disponible en: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>2</sup> M. RASKIN, “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, vol. 1, 2017, pp. 305-341.

<sup>3</sup> C. ARGELICH COMELLES, “Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual”, *Indret*, vol. 2, 2020, pp. 1-41, p. 14. DOI: 10.31009/Indret.2020.i2.01; A. LEGERÉN-MOLINA, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, abril-junio 2018, pp. 193-241, p. 196.

<sup>4</sup> A. RANGONE, *Managing Corporate Innovation. Determinants, Critical Issues and Success Factors*, Cham, Springer Nature, 2019, p. 78.

<sup>5</sup> B. CARRON y V. BOTTERON, “How smart can a contract be?” en D. KRAUS, T. OBRIST y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 101, 106.

<sup>6</sup> S. NAKAMOTO, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System,” *Bitcoin Project*, <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, p. 2 (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>7</sup> <https://ethereum.org> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

mas basadas en la tecnología de la cadena de bloques, como, por ejemplo, *Hyperledger*,<sup>8</sup> *Counterparty*,<sup>9</sup> *RSK*<sup>10</sup> o *Corda*.<sup>11</sup>

5. Entre las ventajas destacables de la utilización de contratos inteligentes se suelen mencionar:<sup>12</sup> (i) autonomía: se puede prescindir de abogados, notarios o cualquier otro intermediario para firmar un contrato o acuerdo; (ii) confianza: la encriptación y la validación descentralizada y mediante consenso hace casi imposible que los documentos se puedan perder o cambiar; (iii) seguridad: el encriptado y la información validada en varios bloques a la vez, limita las posibilidades de hackeos; (iv) rapidez: al ser acuerdos autoejecutables no se necesita la acción de la otra parte o la intervención de terceros, por lo que hay inmediatez; (v) ahorro: al ser autoejecutables, se elimina la necesidad de tener que pleitear para hacer cumplir lo que está recogido en el contrato y (vi) exactitud: el lenguaje computacional es extremadamente preciso, lo que permite asegurar que se va a ejecutar exactamente lo que dice el contrato, eliminando posibles errores ligados a la intervención de personas para llevar a cabo las acciones que conllevan.

6. No obstante, estas herramientas también llevan aparejadas algunos inconvenientes. Por ejemplo, su conformidad con la normativa sobre protección de datos no está del todo clara. El acceso a los datos personales por parte de los distintos actores (propietarios de la red, desarrolladores de la tecnología, nodos participantes en la red o los propios interesados) y su situación en un plano de igualdad en la red, complica la determinación de la condición de responsable y encargado de tratamiento entre los mismos, tal como exige el Reglamento general de protección de datos (RGPD).<sup>13</sup> De la misma manera, el ejercicio de los derechos de supresión y rectificación no está garantizado, ya que los smart contracts operan en una red inmutable. La inmutabilidad imposibilita, a su vez, la modificación del acuerdo ante circunstancias sobrevenidas en la relación contractual o su adaptación a los cambios normativos. Tampoco se trata de herramientas infalibles. A pesar de que los contratos inteligentes se formulan con precisión, no quedan inmunes frente a errores de programación (*bugs*) o posibles hackeos, tal como ocurrió con la Organización Autónoma Descentralizada (DAO) de 2016.<sup>14</sup>

7. Los smart contracts existen y se ejecutan dentro de la red, pero se relacionan con su entorno a través de herramientas informáticas que permiten actualizar el estado del contrato con la incorporación de información externa. Son los denominados “oráculos” (*oracles* en inglés),<sup>15</sup> instrumentos indispensables para que un smart contract pueda interactuar con el mundo real, por ejemplo, obtener la cotización de una acción o divisa o si un paquete ha sido enviado por la empresa de transportes. Dicho esto, no todos los smart contracts existen exclusivamente en la cadena de bloques. Podemos encontrar contratos inteligentes puros, que solo operan en la red, pero también “traducciones” de contratos tradicionales a contratos inteligentes, así como contratos inteligentes combinados, en los que parte del articulado existe fuera de la red y otra parte opera como código informático. Estos smart contracts híbridos incluyen los

<sup>8</sup> <https://www.hyperledger.org> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>9</sup> <https://counterparty.io> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>10</sup> <https://www.rsk.co> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>11</sup> <https://www.corda.net> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>12</sup> A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Smart Contracts” y *Derecho Internacional Privado*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 30-31. A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain: la contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2019, Cap. 4; A. LEGERÉN-MOLINA, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, abril-junio 2018, pp. 193-241, p. 205 ss.; C. ARGELICH COMELLES, “Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual”, *Indret*, vol. 2, 2020, pp. 1-41. DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.01.

<sup>13</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119 de 4.5.2016, p. 1/88.

<sup>14</sup> N. ATZEI, M. BARTOLETTI, T. CIMOLI, “A survey of attacks on Ethereum smart contracts”, *Proceedings of the 6th International Conference on Principles of Security and Trust*, vol. 10204, 2017, pp. 1-23, <https://eprint.iacr.org/2016/1007.pdf> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>15</sup> R. UNSWORTH, “Smart Contract This! An Assessment of the Contractual Landscape and the Herculean Challenges it Currently Presents for “Self-executing” Contracts” en M. CORRALES, M. FENWICK y H. HAAPIO (eds.), *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*, Singapur, Springer, 2019, pp. 17-61, p. 21.

denominados *contratos ricardianos* (*Ricardian contracts*), término empleado por primera vez por el criptógrafo financiero IAN GRIGG a mediados de los noventa del pasado siglo, en honor al economista inglés DAVID RICARDO.<sup>16</sup> Se trata de contratos digitales que definen los términos y condiciones de una interacción entre dos o más partes, firmados y verificados criptográficamente. En los contratos ricardianos las cláusulas de lenguaje natural van “atornilladas” a un contrato inteligente. Es decir, la información de un texto legal se convierte a un formato que puede ser ejecutado por una computadora. En consecuencia, son legibles tanto para los humanos como para las máquinas.<sup>17</sup>

8. Los contratos inteligentes suponen un reto para el Derecho en muchos sentidos. El primero de ellos es determinar si estamos o no ante verdaderos contratos, es decir, si la teoría general del Derecho de contratos es aplicable o, por el contrario, encontramos elementos en estos instrumentos tecnológicos que hacen descartar esa opción. En el primer caso estaremos hablando *smart legal contracts*, que sirven para el intercambio de prestaciones mientras que, en el segundo, estaremos ante meros *smart code contracts*, que son jurídicamente irrelevantes por tratarse de una mera secuencia de código informático.<sup>18</sup>

9. De otro lado, la descentralización, anonimidad/opacidad, inmutabilidad, interconectividad y automatización características de los smart contracts generan complejas cuestiones legales para el Derecho Internacional Privado. Por ejemplo, la descentralización y la anonimidad dificultan la determinación de la identidad de los operadores, su ubicación y de las acciones que han llevado a cabo, lo que puede suponer un obstáculo a la hora de asignar de responsabilidades o fijar el juez competente en caso de conflicto. Ello complica, a su vez, el desempeño de funciones regulatorias básicas, tales como establecer la ley aplicable a la controversia, la responsabilidad derivada de los hechos y el cumplimiento de las decisiones adoptadas.<sup>19</sup>

10. El presente artículo analiza la capacidad del Derecho internacional privado para dar respuesta a los principales retos que origina la contratación inteligente. Con este fin, el apartado II presenta el marco normativo aplicable dentro del régimen del Reglamento Roma I. Por su parte, el apartado III estudia el fenómeno de la denominada *Lex Cryptographia*. Posteriormente, el apartado IV aborda la interacción de la *Lex Cryptographia* con el ordenamiento jurídico estatal, destacando la capacidad del Derecho internacional privado para garantizar la seguridad jurídica y un equilibrio adecuado entre regulación e innovación tecnológica. Finalmente, el apartado V concluye.

A modo de aclaración, el artículo se centra especialmente en los aspectos relacionados con la ley aplicable al contrato, aunque hace alguna pequeña referencia a cuestiones concretas de competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de decisiones. Por razones de espacio, no se abordan otros aspectos igual de relevantes para la contratación inteligente, tales como la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales o los derechos reales (por ejemplo, el régimen aplicable a los criptoactivos).<sup>20</sup>

## II. La ley aplicable a los smart contracts bajo el Reglamento Roma I

11. Una de las técnicas históricamente vinculadas al Derecho internacional privado es la norma de conflicto, que permite localizar una determinada situación o relación jurídica en un concreto

<sup>16</sup> J. LAMPIĆ, “Ricardian contracts: A smarter way to do smart contracts?”, *Schoenherr Blog* (enero 2019), <https://www.schoenherr.eu/publications/publication-detail/ricardian-contracts-a-smarter-way-to-do-smart-contracts> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>17</sup> T. D. BARTON, H. HAPIO, S. PASSERA y J.G. HAZARD, “Successful Contracts: Integrating Design and Technology”, en M. CORRALES, M. FENWICK y H. HAPIO (eds.), *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*, Singapur, Springer, 2019, pp. 63-91, p. 82 ss.

<sup>18</sup> J. STARK, “How Close Are Smart Contracts to Impacting Real-World Law?”, *CoinDesk* (11 de abril de 2016), <https://www.coindesk.com/blockchain-smarts-contracts-real-world-law> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>19</sup> “La regulación de Blockchain y los Smart contracts va a requerir la armonización de conceptos, principios, regulación e interpretaciones”, *Especial Directivos*, núm. 1765, 1 de noviembre de 2019, pp. 38-42, p. 39.

<sup>20</sup> Vid. en este sentido, R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº2, octubre 2020, pp. 740-757, p. 755.

ordenamiento jurídico nacional, otorgando una respuesta indirecta a la cuestión suscitada.<sup>21</sup> En materia contractual, con la salvedad de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa internacional de Mercaderías<sup>22</sup> y los convenios internacionales de Derecho uniforme relativos al transporte,<sup>23</sup> no existen apenas normas sustantivas con amplio respaldo internacional que aporten directamente una solución a las cuestiones que se originen, por lo que las normas de conflicto deberán seleccionar cuál de los ordenamientos jurídicos vinculados con el contrato es el que se encuentra mejor situado para su regulación.

12. Dentro de la Unión Europea y con la salvedad de Dinamarca,<sup>24</sup> el Reglamento de Roma I<sup>25</sup> determina el Derecho aplicable si el contrato inteligente en cuestión contiene verdaderas obligaciones contractuales (art.1.1), esto es, si estamos ante un *smart legal contract*.

Teniendo en cuenta las diferentes definiciones de contrato y los elementos esenciales que se suelen exigir por los distintos ordenamientos para otorgarles fuerza vinculante, descubrimos de forma inmediata que los contratos inteligentes plantean una serie de problemas con relación a la definición de obligación contractual. En el *common law*, por ejemplo, lo que diferencia a un contrato de meros acuerdos sociales o morales es la posibilidad de acudir a los tribunales en caso de incumplimiento. Es decir, un contrato es un acuerdo cuya infracción da lugar a acciones legales.<sup>26</sup> Sin embargo, en un smart contract la ejecución no está asegurada mediante los mecanismos coercitivos del Estado, sino por los términos y mecanismos establecidos en el programa informático que le da origen.<sup>27</sup> Por otra parte, los contratos inteligentes no crean *per se* obligaciones en sentido jurídico. La noción de obligación, que se origina en el Derecho romano y es clave en el Derecho de contratos del sistema continental, es ajena a los smart contracts. Según la clásica definición de JUSTINIANO, “la obligación es un vínculo jurídico por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad.”<sup>28</sup> Es decir, es el vínculo establecido entre dos personas (o grupos de personas), por el que una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa o el cumplimiento de un servicio o de una abstención.<sup>29</sup> Un elemento clave de la obligación es, por tanto, su orientación hacia el futuro. Aunque los distintos ordenamientos suelen dar cobertura a contratos que se ejecutan instantáneamente en el momento de su celebración (v.gr. *executed contracts* en el Derecho angloamericano), según la doctrina, es más correcto afirmar que la principal consecuencia de la celebración de un smart contract no es la de dar origen a obligaciones, sino la autolimitación de ciertos derechos por medios técnicos.<sup>30</sup>

Estos obstáculos de carácter dogmático son, sin embargo, fácilmente salvables en el contexto del Reglamento Roma I, puesto que la noción de obligación contractual es un concepto autónomo, extrapolable del art. 5(1) del Reglamento Bruselas I, esto es, se define como “un vínculo jurídico volun-

<sup>21</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Derecho internacional privado*, Vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 193; G. PALAO MORENO, J. L. IGLESIAS BUHIGUES y C. ESPLUGUES MOTA, *Derecho internacional privado*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 227.

<sup>22</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena) de 11 de abril de 1980 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991).

<sup>23</sup> Vid. el listado completo en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1060 ss.

<sup>24</sup> Donde se aplica el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DO L 266 de 9 de octubre de 1980, p. 1.

<sup>25</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>26</sup> “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.” Restatement (First) of Contracts § 1 (1932). “A contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law”, G. TREITEL, *The Law of Contract*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 1.

<sup>27</sup> M. RASKIN, “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, vol. 1, 2017, pp. 305-341, p. 322.

<sup>28</sup> *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. Institutiones* 3, 13 pr.

<sup>29</sup> V.gr. Artículo 1088 Código Civil español.

<sup>30</sup> A. SAVELYEV, “Contract law 2.0: ‘Smart’ contracts as the beginning of the end of classic contract law,” *Information & Communications Technology Law*, vol. 26, núm. 2, 2017, pp. 116-134, p. 130.

tariamente asumido por las partes.”<sup>31</sup> A este respecto, las partes que celebran un smart contract aceptan la fuerza vinculante de sus términos técnicos, dando su consentimiento implícito al código de programación subyacente,<sup>32</sup> de suerte que puede considerarse que asumen voluntariamente el vínculo creado.

**13.** La cuestión de si se trata o no de una vinculación jurídica válida deberá determinarse conforme a la ley aplicable al contrato, siguiendo lo prescrito en el art. 10(1) Roma I.

**14.** Por otra parte, no cabe duda de que la contratación inteligente implica un conflicto de leyes (art.1(1) Roma I) teniendo en cuenta que esta tecnología es transfronteriza por naturaleza.

**15.** A tenor del art. 3(1) Roma I, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, por lo que las partes de un smart contract también disponen de este derecho subjetivo, aunque la ley elegida tiene que ser una ley estatal y en vigor. La denominada *Lex Cryptographia*, que examinaremos más adelante, u otros ejemplos autorregulatorios similares, no pueden funcionar como ley del contrato bajo el Reglamento. La elección de ley aplicable, siguiendo los dictados del texto europeo, deberá ser expresa o tácita, pero no presunta. En un smart contract la elección podrá ir inserta en el mismo código o en un documento separado. No obstante, en el caso de existir un pacto de sumisión celebrado del mismo modo, el Reglamento obliga al juez a tener presente una posible elección de ley tácita (Considerando 12).

**16.** En defecto de elección la ley aplicable, y, sin perjuicio de lo que el Reglamento establece en relación con los contratos de transporte, trabajo, consumo y seguros, el art. 4(1) del Reglamento “Roma I” precisa directamente la ley aplicable al contrato para ocho categorías contractuales típicas, se determinará en consonancia con las reglas que el mismo señala. Si la relación contractual no responde a esas categorías, el contrato se regulará por la ley de la residencia habitual del prestador característico, art. 4(2). A su vez, el Reglamento permite al juez una cierta flexibilidad para aplicar otra ley que presente vínculos más manifiestamente estrechos con la situación, art. 4(3). Junto a ello, cuando la ley aplicable al contrato no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 y 2 del art. 4 del Reglamento “Roma I”, éste se regirá por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, art. 4(4). En principio, esto significa que, en ausencia de elección de ley aplicable, un smart contract quedará sujeto a la ley de la residencia habitual del prestador característico o por la ley de los vínculos más estrechos.

**17.** De otro lado, cuando estemos ante smart contracts con parte débil, los arts. 5-8 del Reglamento de Roma I, permiten la elección de la ley más favorable o en su defecto, ley de la residencia habitual de la parte más débil.

**18.** Por lo general, tal como afirman algunos autores,<sup>33</sup> es posible localizar un contrato inteligente en un sistema jurídico estatal determinado, dado que el Reglamento Roma I no gira en torno al lugar

<sup>31</sup> STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, 34/82, *Rec.* 1983, p. 987; STJCE 17 junio 1992, *Handte*, c-26/91, ECLI:EU:C:1992:268; STJCE 17 septiembre 2002, 334/00, *Tacconi*, ECLI:EU:C:2002:499; STJCE 5 febrero 2004, C-265/02, *Frahuil*, ECLI:EU:C:2004:77; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Réunion*, ECLI:EU:C:1998:242; STJUE 17 octubre 2013, C-359/12, *OTP Bank*, ECLI:EU:C:2014:325; STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574; STJUE 21 enero 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO*, ECLI:EU:C:2016:40; STJUE 21 abril 2016, C-574/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286; STJUE 15 junio 2017, C-249/16, *Kareda*, ECLI:EU:C:2017:472; STJUE 7 marzo 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Air Nostrum*, ECLI:EU:C:2018:160.

<sup>32</sup> R. H. WEBER, “Blockchain technology, smart contracts and virtual currencies”, en A. DE FRANCESCHI y R. SCHULZE (eds.), *Digital Revolution- New Challenges for Law*, Munich, C.H. Beck, Nomos, 2019, pp. 299-312, p. 304.

<sup>33</sup> A. ZIMMERMANN, “Blockchain-Netzwerke und Internationales Privatrecht – oder: der Sitz dezentraler Rechtsverhältnisse”, *IPRax*, vol. 6, 2018, pp. 566-573; G. RÜHL, “The Law Applicable to Smart Contracts, or Much Ado About Nothing?”, *Oxford Business Blog*, 23 enero 2019, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/01/law-applicable-smart-contracts-or-much-ado-about-nothing> (consultado el 7 de diciembre de 2020); G. RÜHL, “Smart contracts – Welches Recht gilt?”, en T. BRAEGLMANN y M. KAULARTZ (eds), *Smart Contracts*, Munich, C.H. Beck, 2019, p. 147 ss.; G. RÜHL, “Smart (legal) contracts, or: Which (contract) law for smart contracts?”, en B. CAPPIELLO y G. CARULLO (eds.), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2020, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3552004> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

de celebración ni el lugar de ejecución del contrato para determinar la legislación aplicable, sino que recurre a factores de conexión, como la elección de ley aplicable y la residencia habitual, que funcionan razonablemente bien en una sociedad globalizada y digitalizada.

**19.** Sin embargo, cuando un smart contract existe solamente en forma de lenguaje de programación, sin estar respaldado por un contrato subyacente fuera de la red, la ley aplicable ha de determinarse exclusivamente en base al código. En este caso, la viabilidad de los puntos de conexión utilizados en el Reglamento de Roma I es cuestionable. La opacidad y anonimidad de la cadena de bloques, por ejemplo, complica la aplicación de la ley de la residencia habitual del prestador característico. Además, hay que tener en cuenta que el contrato inteligente puede haber sido generado espontáneamente por agentes electrónicos, lo que, no solo suscita dudas acerca del papel como intermediario de estos códigos,<sup>34</sup> sino que, muchas veces, ni siquiera es posible identificar al demandado.

**20.** La aplicación de la ley del país con los vínculos más estrechos, por otra parte, no siempre se muestra como una solución factible, ya que estos contratos operan dentro de una arquitectura descentralizada.

Un ejemplo curioso lo constituye el denominado *Plantoid*, un DAO completamente autónomo que se reproduce a sí mismo. Se trata de un robot u organismo sintético programado para actuar y crecer como una planta. Si un usuario aprecia las cualidades artísticas de *Plantoid*, puede enviar una donación en bitcoin directamente a una cartera digital propiedad de *Plantoid* en sí mismo. Una vez que el *Plantoid* ha recaudado fondos suficientes, el *Plantoid* oferta, selecciona y encarga a un artista la creación de un nuevo *Plantoid*.<sup>35</sup> Estamos, por tanto, ante transacciones que se desarrollan en la cadena de bloques con carácter exclusivo.

Los contratos inteligentes se incorporan a la cadena de bloques de forma distribuida y deslocalizada, donde cada nodo guarda una copia idéntica de la transacción. En la red, la implicación de cada nodo es aleatoria y ningún nodo tiene control sobre los demás. En otras palabras, las transacciones realizadas con esta tecnología se encuentran en todas partes y en ninguna. Ni siquiera hay un servidor central que pueda utilizarse como punto de referencia para establecer la ubicación de los datos.<sup>36</sup> Cuando no hay un contrato subyacente que aporte los datos necesarios para establecer la ley con los vínculos más estrechos a la situación, la solución prevista por el Reglamento de Roma I, por tanto, no parece aportar la previsibilidad y seguridad jurídica necesarias; cualquier localización de la transacción en el ordenamiento jurídico de un país concreto es puramente aleatoria.

**21.** De lo anterior podemos deducir que, si bien el Derecho internacional privado puede regular de forma razonable un gran número de operaciones en la cadena de bloques, sería conveniente prever una solución conflictual específica para la contratación inteligente, en aras de una mayor seguridad jurídica.<sup>37</sup> En ausencia de elección de ley, las limitaciones de las normas actuales son evidentes en el contexto deslocalizado de la cadena de bloques, sobre todo, cuando no existe un contrato subyacente fuera de la red que respalde la transacción. Circunstancia que también se predica respecto a las cuestiones sobre competencia judicial internacional y de eficacia extraterritorial de decisiones. Aunque en una mayoría de los casos las normas existentes sobre competencia judicial internacional son aplicables,<sup>38</sup> no

<sup>34</sup> F. GUILLAUME, "Aspects of private international law related to blockchain transactions", en D. KRAUS, T. OBRIST y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82.

<sup>35</sup> I'm a PLANTOID: A Blockchain-Based Life Form, <http://okhaos.com/plantoids> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>36</sup> D.J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, 3ª ed., Kluwer Law International, 2016, pp. 469. En este sentido, vid. la STJUE de 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, donde se afirma que el lugar de localización del servidor es difícil de prever y puede ser manipulado fácilmente (para. 36).

<sup>37</sup> En el mismo sentido, A. ORTEGA GIMÉNEZ, "Smart Contracts" y Derecho Internacional Privado, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 80.

<sup>38</sup> A. ORTEGA GIMÉNEZ, "Smart Contracts" y Derecho Internacional Privado, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 61-68; R. RUIZ RODRÍGUEZ, "Las criptomonedas como medio de pago y el Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº2, octubre 2020, pp. 740-757, p. 753.

serían operativas en todos los supuestos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de situaciones en las que la identidad de las partes es anónima y sus activos conocidos solo existen en la cadena de bloques.

El apartado IV.1 analiza las posibles soluciones respecto a la ley aplicable.

### III. La *Lex Cryptographia*

22. Los deberes y obligaciones contenidos en las normas jurídicas son potencialmente susceptibles de ser incumplidos y ello implica la necesidad de una autoridad que haga valer la ley *ex post* contra quienes la han infringido. Los algoritmos, por el contrario, determinan lo que se puede o no hacer desde el punto de vista técnico. El software determina *ex ante* el patrón de conducta y lo hace de una forma más eficaz que la ley, puesto que permite codificar disposiciones legales o contractuales en un contrato inteligente y transformarse así en código informático con “garantía de ejecución.”<sup>39</sup>

23. Algunos autores vaticinan que los algoritmos terminarán por desplazar al Derecho y a jueces y tribunales marcado por la aparición de un nuevo cuerpo de normas independientes de la ley estatal. Es lo que se denomina *Lex Cryptographia*, entendida como el conjunto de normas que operan a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones autónomas descentralizadas.<sup>40</sup>

24. La *Lex Cryptographia* es vista como la extensión natural de la *Lex Mercatoria*,<sup>41</sup> el cuerpo de normas de diferente contenido y origen, creado por los agentes del tráfico para regular las necesidades del comercio internacional.<sup>42</sup> De la misma manera que los comerciantes en la Edad Media crearon su particular marco normativo para escapar del Derecho canónico y feudal y, tras la Segunda Guerra Mundial, impulsaron el comercio internacional en torno al arbitraje y al desarrollo de usos y prácticas propias, los agentes del tráfico participantes en la cadena de bloques están estableciendo una serie de prácticas, costumbres particulares y principios basados en el consenso, al margen del monopolio legislativo del Estado.<sup>43</sup>

25. La *Lex Mercatoria* ha sido una noción polémica desde que la doctrina hablase por primera vez de su renacer en los años sesenta del pasado siglo.<sup>44</sup> Los críticos han señalado, por ejemplo, que sus normas no son fruto de la producción legislativa de un parlamento, ni están recogidas en un convenio internacional. En este sentido, se ha incidido en que se trata de las normas de un club privado (los comerciantes) y que, en consecuencia, carecen de legitimidad democrática y de fuerza vinculante, al no contar con un aparato coercitivo que garantice su cumplimiento.<sup>45</sup> Otros autores han sostenido que son normas vagas e incompletas, carecen de generalidad y no regulan todos los supuestos que presenta el tráfico comercial internacional, llegando incluso a negar su existencia ante su intangibilidad y vaguedad.<sup>46</sup> Bajo

<sup>39</sup> S. HASSAN y P. DE FILIPPI, “The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code,” *Field Actions Science Reports*, Número Especial 17, 2017, pp. 88-90, <http://journals.openedition.org/factsreports/4518> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>40</sup> A. WRIGHT y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia” (10 de marzo de 2015), p. 4. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>41</sup> A. WRIGHT y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia” (10 de marzo de 2015), p. 4. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>42</sup> A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Lex Mercatoria”, *Rettid*, 2002, pp. 46-56, p. 47.

<sup>43</sup> F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en D. KRAUS, T. OBRIST y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82, p. 73.

<sup>44</sup> LORD M. MUSTILL, “The new Lex Mercatoria: the first twenty-five years”, *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, pp. 86-119; B. GOLDMAN, “Lex Mercatoria”, *Forum Internationale*, vol. 3, 1983, p. 3; C. SCHMITTHOFF, “International Business Law A New Law Merchant”, en C.J. CHENG (ed.), *Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law*, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 20-37, p. 23.

<sup>45</sup> A. KASSIS, *Théorie Générale des Usages du Commerce*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 165 ss.

<sup>46</sup> F. A. MANN, “England Rejects ‘Delocalised’ Contracts and Arbitration,” *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 3, núm. 1, 1984, pp. 193-98.

la crítica política, además, se sigue haciendo hincapié en que la *Lex Mercatoria* es una creación de las grandes empresas de países desarrollados para someter a los países en desarrollo.<sup>47</sup>

Desde una postura más pragmática, sin embargo, se hace referencia a la práctica del arbitraje comercial internacional, donde en determinadas circunstancias, se aplican normas no estatales, bien sea bajo la denominación de *Lex Mercatoria* o similares, en la resolución de controversias.<sup>48</sup> Lo relevante, por tanto, no es tanto la discusión dogmática en torno a la *Lex Mercatoria*, sino determinar cuándo y cómo se aplica.<sup>49</sup>

**26.** La *Lex Cryptographia*, al igual que la *Lex Mercatoria*, se basa en la autorregulación. Por ello, muchos de los argumentos utilizados en la crítica a la *Lex Mercatoria* vuelven a repetirse a modo de *déjà vu*, para cuestionar la validez y autonomía de esta nueva forma de gobernanza digital.

**27.** Desde la doctrina anglosajona, por ejemplo, se alega que la *Lex Cryptographia* no puede desplazar a la ley porque, a diferencia de esta, carece de mecanismos coercitivos de ejecución *ex post*. Y es que, no olvidemos, la noción de contrato en el *common law* va indisolublemente asociada a la *accionabilidad*.<sup>50</sup>

**28.** Bajo otro punto de vista, se afirma que estas normas de carácter técnico no pueden reemplazar a la ley tradicional por su carácter incompleto y su falta de normatividad. En primer lugar, porque los algoritmos no pueden anticipar todas las vicisitudes y complejidades que se pueden presentar en un contrato y es imposible en el estado actual de la tecnología crear un código que incluya respuestas para todas las situaciones posibles que podrían resultar de la relación entre dos o más partes.<sup>51</sup> En segundo lugar, porque el Derecho o los contratos tradicionales no tienen solamente funciones ejecutivas. Se trata de mecanismos sociales diseñados para preservar el orden público y la seguridad nacional, así como los intereses de la esfera privada, caracterizada por la necesidad de apoyar el crecimiento económico, promover la autonomía individual y los derechos fundamentales.<sup>52</sup> Los códigos informáticos son capaces de representar términos que son expresiones de la lógica, pero a diferencia de la Ley, no van dirigidos a organizar la Sociedad ni están fundamentados en conceptos como la razón o la conciencia.<sup>53</sup>

**29.** De otro lado, se señala que la implementación arquitectónica de estas tecnologías depende de las opciones específicas de los operadores de plataformas e ingenieros de software quienes, en último término, buscan promover o prevenir cierto tipo de acciones. Al igual que cualquier otro artefacto tecnológico, el código no es neutral. Tiene importantes implicaciones ideológicas, en la medida en que puede apoyar ciertas políticas o facilitar determinadas acciones y comportamientos sobre otros.<sup>54</sup> Además, con

<sup>47</sup> J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA y P. RAMIRO, "Against the Lex Mercatoria. Proposals and alternatives for controlling transnational corporations", Observatory of multinationals in Latin America (OMAL), 2016, [https://omal.info/IMG/pdf/against\\_lex\\_mercatoria.pdf](https://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf) (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>48</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, "Lex Mercatoria and Private International Arbitration", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº1, 2020, pp. 66-85.

<sup>49</sup> Vid., por ejemplo, A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2003; F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 59, Zürich, Schulthess Verlag, 1989.

<sup>50</sup> K. WERBACH y N. CORNELL, "Contracts Ex Machina," *Duke Law Journal*, vol. 67, 2017, pp. 313-382, p. 319

<sup>51</sup> S. AGNIKHOTRAM y A. KOUROUTAKIS, "Doctrinal challenges for the legality of smart contracts: *Lex Cryptographia* or a new, 'smart' way to contract?", *Journal of High Technology Law*, vol. 19, núm. 2, 2019, pp. 300-328, p. 319.

<sup>52</sup> S. HASSAN y P. DE FILIPPI, "The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code," *Field Actions Science Reports*, Número Especial 17, 2017, pp. 88-90, <http://journals.openedition.org/factsreports/4518> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>53</sup> S. FARRELL, H. MACHIN y R. HINCHLIFFE, "Lost and found in smart contract translation — considerations in transitioning", King & Wood Mallesons, 2017, p. 3. [https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Programme/14-FARRELL\\_and\\_MACHIN\\_and\\_HINCHLIFFE-Smart\\_Contracts.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/14-FARRELL_and_MACHIN_and_HINCHLIFFE-Smart_Contracts.pdf)

<sup>54</sup> S. HASSAN y P. DE FILIPPI, "The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code," *Field Actions Science Reports*, Número Especial 17, 2017, pp. 88-90, p. 89 <http://journals.openedition.org/factsreports/4518> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

la ayuda de la IA los algoritmos y normas técnicas pueden personalizarse y adaptarse al perfil de cada individuo, quebrando con ello los principios básicos de universalidad, generalidad y no discriminación que caracterizan a la Ley tal como la conocemos.<sup>55</sup> Estaríamos, entonces, ante lo que se ha denominado *gobernanza algorítmica*: “un nuevo sistema normativo capaz de regular la sociedad de manera más eficiente, que reduce los costes de la aplicación de la ley y permite un sistema de normas personalizado para cada ciudadano, donde las reglas se revisan constantemente en función de las preferencias y perfiles correspondientes.”<sup>56</sup> En definitiva, una especie de régimen totalitario moderno.<sup>57</sup>

**30.** Los partidarios de la *Lex Cryptographia*, por otra parte, afirman que esta tiene una funcionalidad similar a las instituciones jurídicas, puesto que contiene normas acordadas por las partes que son ejecutables, no por las autoridades estatales, sino mediante herramientas tecnológicas. Por tanto, puede realizar tareas tradicionalmente reservadas al Derecho y de forma más eficiente. Ya existen algunas plataformas como *Legalese*,<sup>58</sup> *Kleros*<sup>59</sup> o *The Aragon Network*,<sup>60</sup> que se anuncian como alternativas al Derecho y al sistema judicial. Esta última, por ejemplo, pretende ser una “jurisdicción digital” que pone a disposición de las partes un catálogo de estatutos y regulaciones para que puedan ser implementadas como normativa interna en las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOs). Además, estas plataformas contienen sistemas de resolución de conflictos independientes de cualquier jurisdicción nacional, punto en el que la *Lex Cryptographia* difiere de la *Lex Mercatoria*, ya que las decisiones arbitrales sí que están sujetas, en último término, al escrutinio de jueces y tribunales. Según sus impulsores, este sistema se adapta mejor a la interdependencia y descentralización de la nueva realidad tecnológica, puesto que proporciona a las partes “un sistema judicial descentralizado en línea que no está sujeto a barreras artificiales tradicionales como las jurisdicciones nacionales”.<sup>61</sup>

**31.** Algún autor ha apuntado a que la solución óptima a la problemática que plantean los contratos inteligentes puede estar en la incipiente *Lex Cryptographia* y en la resolución de conflictos en línea,<sup>62</sup> e incluso se vaticina que los algoritmos terminarán por desplazar a la Ley y a jueces y tribunales, una vez se consolide la *Lex Cryptographia*.<sup>63</sup>

**32.** En el estado actual de desarrollo de la *Lex Cryptographia*, sin embargo, la intervención del Derecho estatal sigue siendo necesaria para solucionar situaciones no previstas por el código algorítmico tales como errores de programación, validez o causas extrínsecas, tales como insolvencias, fallecimientos o activos criptográficos hackeados u obtenidos ilegalmente.<sup>64</sup> Sin olvidar que, ante supuestos de daños causados por estas tecnologías, el legislador ha de actuar para proporcionar a la víctima una compensación adecuada.

<sup>55</sup> S. HASSAN y P. DE FILIPPI, “The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code,” *Field Actions Science Reports*, Número Especial 17, 2017, pp. 88-90, p. 89, <http://journals.openedition.org/factsreports/4518> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>56</sup> A. WRIGHT y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia” (10 marzo 2015), p. 4. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>57</sup> A. WRIGHT y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia” (10 marzo 2015), p. 43. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>58</sup> <https://legalese.com> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>59</sup> <https://kleros.io> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>60</sup> <https://aragon.org> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>61</sup> <https://docs.ethhub.io/built-on-ethereum/governance/aragon> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>62</sup> F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en D. KRAUS, T. OBRIST y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82, p. 71 ss.

<sup>63</sup> A. WRIGHT y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia” (10 marzo 2015), p. 4. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>64</sup> M. LEHMANN, “Who owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain”, *EBI Working Papers Series*, núm. 42, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3402678](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3402678) (consultado el 7 de diciembre de 2020).

33. Pero, insistimos, cuando las partes implicadas solo tienen activos dentro de la red, y/o su identidad es difícil de establecer, la capacidad del ordenamiento jurídico estatal para intervenir es limitada.

#### IV. Equilibrio entre legislación y autorregulación. El papel del Derecho internacional privado

34. El legislador no puede permanecer ajeno al fenómeno de la *Lex Cryptographia*. No se trata de una lucha por ver si esta puede reemplazar a la ley, sino de encontrar puntos de encuentro y articular posibles fricciones. Unos pocos países ya han tomado cartas en el asunto y empiezan a legislar en materia de blockchain y contratación inteligente.<sup>65</sup> La Unión Europea, asimismo, está impulsando iniciativas regulatorias en distintos campos. Por ejemplo, recientemente ha lanzado una Propuesta de Reglamento sobre los mercados de criptoactivos.<sup>66</sup> También son destacables la creación de una *sandbox* para probar casos de uso de blockchain y activos digitales en la *Infraestructura Europea de Servicios Blockchain* (EBSI)<sup>67</sup> y la batería de acciones específicas presentadas dentro de la estrategia de la Comisión Europea para un Mercado Único Digital.<sup>68</sup>

35. Los expertos en nuevas tecnologías digitales parecen coincidir en la necesidad de tener en cuenta algunos aspectos concretos a la hora de legislar en la materia. Se menciona, por ejemplo, la necesidad de encontrar un equilibrio entre innovación tecnológica y protección<sup>69</sup> y el desfase de velocidad entre el desarrollo tecnológico y normativo.<sup>70</sup> A su vez, se apuesta por la adopción de definiciones sencillas, pero (técnicamente) utilizables y la amplia difusión de las interpretaciones legales de los conceptos que se regulen.<sup>71</sup> Pero, sobre todo, se insiste en el carácter transfronterizo de estas herramientas.<sup>72</sup>

36. La cadena de bloques y los contratos inteligentes están estrechamente relacionados con Internet y diseñados para ser omnipresentes y universales. No sólo carecen de presencia física; también son intrínsecamente transnacionales. Por ello, es crucial que la regulación esté lo más alineada posible en los distintos países, empezando por la Unión Europea y de cara a la construcción del Mercado Único Digital.<sup>73</sup> Incluso se aboga por la oportunidad de que, en el futuro, las autoridades internacionales lleguen

<sup>65</sup> Por ejemplo, algunos Estados en los Estados Unidos han adoptado legislación en la materia. También existen iniciativas legislativas al respecto en el Reino Unido, Italia, Francia, Suiza, Malta, Japón, Islas Bermudas, Mónaco, Gibraltar, Bahrein o Tailandia, “Blockchain Regulations: Recent Key Developments,” *Zigurat, Global Institute of Technology*, <https://www.e-zigurat.com> (consultado el 4 de diciembre de 2020).

<sup>66</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM(2020) 593 final, de 24 de septiembre de 2020.

<sup>67</sup> EBSI es una iniciativa conjunta de la Comisión Europea y la Asociación Europea de Blockchain (EBP) que tiene como objetivo brindar servicios públicos digitales transfronterizos en toda la UE utilizando tecnología blockchain; <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/legal-and-regulatory-framework-blockchain> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>68</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 de mayo de 2015.

<sup>69</sup> V.gr. T. LYONS, L. COURCELAS y K. TIMSIT, *Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, [https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report\\_legal\\_v1.0.pdf](https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf) Informe, p. 34 (consultado el 7 de diciembre de 2020); Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, 2019, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, p. 27 (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>70</sup> S. AGNIKHOTRAM y A. KOUROUTAKIS, “Doctrinal challenges for the legality of smart contracts: *Lex Cryptographia* or a new, ‘smart’ way to contract?”, *Journal of High Technology Law*, vol. 19, núm. 2, 2019, pp. 300-328, p. 326.

<sup>71</sup> *Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, 2019, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, p. 27 (consultado el 7 de diciembre de 2020); “La regulación de Blockchain y los Smart contracts va a requerir la armonización de conceptos, principios, regulación e interpretaciones”, *Especial Directivos*, núm. 1765, 1 de noviembre de 2019, pp. 38-42, p. 40.

<sup>72</sup> F. MÖSLEIN, “Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Help?”, en A. DE FRANCESCHI y R. SCHULZE (eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, Munich, C. H. Beck, 2019, pp. 313-326, p. 316.

<sup>73</sup> T. LYONS, L. COURCELAS y K. TIMSIT, *Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, [https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report\\_legal\\_v1.0.pdf](https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf) Informe, p. 34 (consultado el 7 de diciembre de 2020).

a un consenso y procedan a una modificación del marco normativo que unifique el tratamiento legal de las mismas.<sup>74</sup>

**37.** Ciertamente, se necesita un enfoque lo más uniforme posible que busque aprovechar los beneficios de eficiencia, rapidez y rendimiento de estas tecnologías y sea capaz de proporcionar seguridad, protección y certeza. Sin embargo, la experiencia demuestra lo lento y complejo que es armonizar el Derecho sustantivo a nivel internacional. Por ello, creemos que, en primer término, la innovación normativa en materia de contratación inteligente debe venir de la mano del Derecho internacional privado.

**38.** Teniendo en cuenta la velocidad de la innovación tecnológica y la rápida aparición de nuevas aplicaciones, el legislador nacional y, sobre todo, el internacional, corre el riesgo de no poder estar al día y terminar creando una maraña de medidas confusas y potencialmente divergentes. Por otra parte, intervenir demasiado pronto puede ser contraproducente, siendo preferible respaldar los esfuerzos autorreguladores de la industria y esperar a que esta tecnología tenga un cierto rodaje antes de legislar.<sup>75</sup> En este contexto, el Derecho internacional privado puede erigirse como garante de la seguridad jurídica y de los mecanismos de protección de los consumidores, inversores, y de la competencia en el mercado, fomentando, al mismo tiempo, el desarrollo de las mejores soluciones a nivel legislativo e incentivando la innovación tecnológica.

## 1. Seguridad jurídica. Autonomía de las partes y *lex fori*

**39.** El principio de la autonomía de la voluntad conflictual, recogido en el art. 3 Roma I y reconocido por la mayoría de ordenamientos jurídicos, es la mejor forma de garantizar la seguridad jurídica de los smart contracts, ya que la elección de la ley aplicable por las partes evita controversias respecto al marco jurídico que rige el contrato, facilita la labor del juez y permite a las partes diseñar su relación jurídica conforme al Derecho sustantivo que mejor se adapta a sus intereses.<sup>76</sup>

**40.** Siguiendo lo previsto en el art. 3(5), en relación con el art. 10(1) Roma I, la ley elegida deberá ser la de un Estado que dé validez a la contratación inteligente, para que la transacción pueda tener un efecto jurídicamente vinculante.

**41.** La elección de la ley aplicable puede realizarse conjuntamente con un pacto de sumisión o en solitario y puede insertarse en el contrato subyacente que “respalda” a un smart contract, en el propio contrato inteligente, o en los términos y condiciones generales de la cadena de bloques.<sup>77</sup> Esta última posibilidad es muy atractiva, sin lugar a duda, puesto que garantiza a *todos* los agentes que operan en una red determinada el grado necesario de seguridad jurídica frente a exigencias legales inesperadas que invalidan el contrato o imposibilitan su ejecución. En consecuencia, abogamos por que desarrolladores y agentes promuevan los pactos de sumisión y de elección de ley aplicable tanto a nivel de red como a nivel individual.

**42.** Una cuestión que puede plantearse es si la elección de las normas y prácticas de una red o “jurisdicción online” como Derecho aplicable pueden funcionar como *lex causae*. Aplicando de forma analógica lo establecido para la *Lex Mercatoria*,<sup>78</sup> podemos distinguir las siguientes situaciones:

<sup>74</sup> F. MÖSLEIN, “Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Help?”, en A. DE FRANCESCHI y R. SCHULZE (eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, Munich, C. H. Beck, 2019, pp. 313-326, p. 316.

<sup>75</sup> T. LYONS, L. COURCELAS y K. TIMSIT, *Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, [https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report\\_legal\\_v1.0.pdf](https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf) Informe, p. 34 (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>76</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 959.

<sup>77</sup> F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en D. KRAUS, T. OBRIST y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82, p. 79.

<sup>78</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 937.

- A nivel no contencioso: las partes pueden referirse en sus contratos a las prácticas y costumbres reconocidas por los participantes en la cadena de bloques y ajustar su proceder conforme a estas.
- A nivel contencioso, en una plataforma de resolución de conflictos online de una “jurisdicción digital”: la controversia se resolverá, dependiendo de la plataforma en cuestión, bien por todos los miembros de la comunidad, bien por un órgano compuesto por miembros elegidos por los participantes, ya sea a título consultivo, ya sea mediante una decisión adoptada por votación, pero con arreglo a las normas elegidas por las partes para solventar el litigio. La incidencia del Derecho estatal en este caso es prácticamente inexistente, especialmente, si la decisión ha de ejecutarse directamente en la red.
- A nivel contencioso judicial: De conformidad con lo establecido en el Considerando 13 del Reglamento Roma I, la controversia ha de decidirse conforme al Derecho estatal aplicable. La elección por las partes de la *Lex Cryptographia* solo tendrá efecto en la medida y con el alcance que permita la ley estatal aplicable en defecto de elección.

43. El problema surge a la hora de determinar la ley aplicable en defecto de elección, bien porque las partes no hayan acordado nada al respecto, bien porque la elección no sea válida. La solución prevista en el Reglamento Roma I gira fundamentalmente en torno a la ley del país de la residencia habitual del prestador característico y a la ley del país los vínculos más estrechos con la situación. En principio, estas conexiones son lo suficientemente flexibles como para poder ser aplicadas a la mayoría de contratos inteligentes, especialmente, cuando estos tienen un respaldo fuera de la red. Como se apunta en el apartado II de este trabajo, las complicaciones aparecen cuando el contrato inteligente solo existe en forma de código, puesto que la opacidad y deslocalización de la cadena de bloques impiden la identificación de las partes y la localización de la transacción en el ordenamiento de un país determinado. Todo intento de establecer la ley del país de los vínculos más estrechos choca con la imposibilidad intrínseca de establecer la ubicación geográfica de las transacciones en la cadena de bloques. Ni siquiera sería posible seguir la solución prevista por el Convenio de la Haya sobre Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario,<sup>79</sup> cuyo art. 5 remite, en defecto de elección, a la ley del país donde el intermediario relevante mantiene la cuenta de valores. En la cadena de bloques cualquier conexión a la ubicación de la cuenta del usuario es demasiado superficial y aleatoria, ya que implica establecer la ubicación de su clave privada. Si ya es difícil en la práctica determinar la ubicación de una cuenta de valores con intermediario, aún lo es más establecer la ubicación de una cartera digital. Por ello, entendemos que la solución más práctica y previsible en estos casos, a la vez que la menos arbitraria, es la aplicación de la *lex fori*.<sup>80</sup>

44. Ante la ausencia de un cuerpo legislativo uniforme a nivel global, el Derecho internacional privado puede jugar un papel central en la consolidación y desarrollo de la contratación inteligente. El principio de la autonomía de la voluntad conflictual permite a las partes el establecimiento claro de la ley aplicable, garantizando así un grado mínimo de seguridad jurídica. Se trata, además, de un principio que casa a la perfección con el deseo de libertad individual pretendido por los usuarios de la blockchain. Esto implica dejar el mayor espacio posible a la autonomía de la voluntad y promover la elección de la ley y los pactos de sumisión dentro de la cadena de bloques. Al mismo tiempo, la aplicación de la *lex fori* en ausencia de elección, cuando la deslocalización de la transacción impida establecer razonablemente la ley del país con las conexiones más estrechas, constituye una solución que aporta seguridad jurídica y previsibilidad. Ambas soluciones pueden convertirse, además, en sendos incentivos para el adecuado desarrollo normativo de la contratación inteligente. Efectivamente, las partes suelen elegir el ordena-

<sup>79</sup> Convenio de la Haya de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, <https://assets.hcch.net/docs/da29273b-7ab5-45b4-bb5e-b3c82b41712b.pdf>.

<sup>80</sup> En el mismo sentido vid. F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en D. KRAUS, T. OBRIST y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82, p. 80.

miento que consideran más atractivo para regular sus intereses y se someten, en muchas ocasiones, al que entienden es el mejor tribunal por lo avanzado de su ordenamiento (*better court*).<sup>81</sup> Ello se produce dentro de una situación de competencia regulatoria entre ordenamientos, que puede conducir, en último término, a reformas legislativas óptimas, tal como se examina en el siguiente apartado.

## 2. Competencia regulatoria y desarrollo tecnológico

### A) Competencia regulatoria

45. En el contexto federal estadounidense de la década de 1970, KITCH<sup>82</sup> desarrolló la *Teoría de la Elección Pública*, que rechaza el argumento tradicional de que la diversidad regulatoria conduce a restricciones del comercio interestatal y que, por lo tanto, dificulta la integración. Según este autor, la competencia entre distintos sistemas jurídicos genera una asignación eficiente de recursos dentro del mercado y lo hace con menor costo que la uniformidad legislativa impuesta por una autoridad central. Por lo tanto, la regulación centralizada “debe ser lo más pequeña posible para maximizar la diversidad de opciones, así como para promover la máxima competencia entre los distintos sistemas sobre sus leyes, prácticas y procedimientos.”<sup>83</sup> A largo plazo, este sistema puede favorecer el comercio mucho más que una autoridad centralizada porque otorga a cada ordenamiento mayores incentivos para que adopte normas eficientes tanto para su comercio interno como externo.<sup>84</sup>

46. La teoría de KITCH ha sido posteriormente desarrollada en el denominado *Modelo de Competencia Regulatoria*,<sup>85</sup> que aboga por una regulación descentralizada. Este modelo parte de la idea de que el Derecho se puede considerar como un producto y los operadores, consumidores de ese producto. En la medida en que existen diferentes regulaciones, cada regulador se convierte en oferente de una normativa determinada que compite en el “mercado de productos legales,” donde los operadores eligen la norma que mejor se adapta a sus necesidades.<sup>86</sup> La existencia de una regulación descentralizada tiene, a este respecto, varias ventajas, entre otras cosas, que permite la diversidad y la competencia.<sup>87</sup> Los operadores pueden someterse a la normativa que mejor se adapte a las características específicas de su transacción, al mismo tiempo que la presión competitiva obliga al legislador a promulgar normas eficaces. En última instancia, esta competencia desembocará en la armonización gradual del marco regulatorio.

47. La existencia de un mercado regulatorio presupone dos condiciones básicas: la libre circulación de recursos y la ausencia de externalidades transfronterizas.<sup>88</sup> Sin embargo, la competencia entre

<sup>81</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 751.

<sup>82</sup> E. KITCH, “Regulation and the American Common Market,” en A. D. TARLOCK (ed.), *Regulation, Federalism and Interstate Commerce*, Cambridge, Mass., Oelgeschlager, Gunn & Hain, Publishers, Inc., 1981, pp. 7-55.

<sup>83</sup> E. KITCH, “Regulation and the American Common Market,” en A. D. TARLOCK (ed.), *Regulation, Federalism and Interstate Commerce*, Cambridge, Mass., Oelgeschlager, Gunn & Hain, Publishers, Inc., 1981, p. 12.

<sup>84</sup> E. KITCH, “Regulation and the American Common Market,” en A. D. TARLOCK (ed.), *Regulation, Federalism and Interstate Commerce*, Cambridge, Mass., Oelgeschlager, Gunn & Hain, Publishers, Inc., 1981, p. 14.

<sup>85</sup> J.P. TRACHTMAN, “International Regulatory Competition, Externalization and Jurisdiction”, *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993, pp. 47-104.; W. BRATTON, J. MCCAHERY, S. PICCIOTTO y C. SCOTT, *Regulatory Competition and Coordination: Strategies and Debates of Economic Regulation in Europe and in the USA*, Oxford, Clarendon Press, 1997; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory Competition: A Private International Law Approach”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, 1999, pp. 251-270.

<sup>86</sup> R. ROMANO, “Law as a Product: Some Pieces of the Incorporated Puzzle”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 1, 1985, p. 225-283; R. SACCO, “Il Sistema di Diritto Privato Europeo: Le Premesse per un Codice Europeo”, en L. MOCCIA, *Il Diritto Privato Europeo: Problemi e Prospettive*, Milán, Guiffirè, 1993, p. 87 ss.

<sup>87</sup> F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory Competition: A Private International Law Approach”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, 1999, p. 258-259.

<sup>88</sup> F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory Competition: A Private International Law Approach”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, 1999, p. 258-259.

sistemas regulatorios no siempre es eficiente. En ámbitos en los que están en juego valores de política pública, por ejemplo, la protección de los consumidores, puede ser necesaria una intervención legislativa. De lo contrario, se produce una “carrera hacia el mínimo común denominador”, que resulta en una degradación de los estándares de protección, que a la larga eliminan las ventajas competitivas.<sup>89</sup> Por lo tanto, la competencia regulatoria sólo es viable respecto de normas que facilitan el uso de la autonomía de las partes y la libertad de mercado.<sup>90</sup> Es aquí donde los operadores pueden presionar al legislador para que regule de manera eficiente, ya que de lo contrario, someterán sus transacciones a otras normas.

48. En consecuencia, frente a cualquier armonización sustantiva prematura, el Derecho internacional privado y, en particular, el reconocimiento generalizado del principio de la autonomía de la voluntad, pueden propiciar, en último término, una regulación de la contratación inteligente innovadora y efectiva a nivel global.

## B) Equilibrio entre regulación y desarrollo tecnológico. Interacción con la *Lex Cryptographia*

49. La autonomía de la voluntad también tiene otro efecto beneficioso. Una de las máximas preocupaciones de los expertos es encontrar el equilibrio necesario entre la intervención del legislador y la innovación tecnológica.<sup>91</sup> Una regulación que genera incertidumbre tiene un impacto negativo sobre la innovación, como también lo tiene una regulación que exige a las empresas dedicar buena parte de sus recursos a su cumplimiento.<sup>92</sup> Por ello, es preferible que el legislador adopte una postura más flexible, que favorezca la autorregulación y de más libertad a las empresas para elegir la alternativa más favorable para cumplir con la regulación, siendo en último término el mercado el que seleccione la solución más viable comercialmente.

50. Para el análisis económico del Derecho, las instituciones jurídicas y su evolución han surgido para economizar los costes de transacción, entendidos como todos aquellos costes que impiden o reducen las posibilidades de transacciones fluidas.<sup>93</sup> En este contexto, un sistema normativo eficiente es aquel que elimina los costes de transacción en la medida que controla los comportamientos oportunistas.<sup>94</sup>

51. Desde una perspectiva neoinstitucionalista,<sup>95</sup> las transacciones pueden clasificarse en 1) no específicas; 2) ocasionales de carácter mixto y altamente específico y 3) transacciones frecuentes de carácter mixto y altamente específico. En el caso de transacciones no específicas, como puede ser una compraventa de mercaderías genéricas, el mercado es la forma más eficiente de gobernanza.<sup>96</sup> Por el contrario, las transacciones ocasionales de carácter mixto y altamente específico, como pueden ser grandes proyectos industriales o tecnológicos, dependen de otras formas de gobernanza además del mercado, ya que el carácter ocasional de la transacción no permite amortizar los costes de estructuras de gestión como acuerdos

<sup>89</sup> N. REICH, “Competition between legal orders: A New Paradigm of EC Law? *Common Market Law Review*, vol. 29, núm. 5, 1992, pp. 861-868.

<sup>90</sup> S. GRUNDMANN, “The Structure of European Contract Law”, *European Review of Private Law*, vol. 4, 2001, pp. 505-528, p. 515.

<sup>91</sup> V.gr. *Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, 2019, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, p. 27 (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>92</sup> Fundación Cotec para la Innovación Tecnológica, *Impacto de la regulación sobre la innovación*, 2014, p. 45, disponible en [http://informecotec.es/media/J21\\_Impac\\_Regu\\_Innov.pdf](http://informecotec.es/media/J21_Impac_Regu_Innov.pdf) (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>93</sup> P. BURROWS y C. G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, Londres, Butterworths, 1981, p. 22 ss.

<sup>94</sup> En la teoría económica un comportamiento oportunista se define como “el esfuerzo por materializar una ganancia individual sin que la transacción se lleve a cabo con franqueza u honestidad”, P. BURROWS y C. G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, Londres, Butterworths, 1981, p. 24.

<sup>95</sup> O. E. WILLIAMSON, “Contract analysis: The Transaction Costs Approach”, en P. BURROWS y C. G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, Londres, Butterworths, 1981, p. 39 ss., p. 50.

<sup>96</sup> O. E. WILLIAMSON, “Contract analysis: The Transaction Costs Approach”, en P. BURROWS y C. G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, Londres, Butterworths, 1981, p. 39 ss., p. 51.

de cooperación, fusiones etc.,<sup>97</sup> como ocurre en las transacciones frecuentes de carácter mixto y altamente específico.<sup>98</sup> Así pues, una gran mayoría de transacciones tiene lugar sin necesidad de la asistencia de mecanismos externos de reducción de costes de transacción como puede ser la normativa contractual.

**52.** Los smart contracts son un buen ejemplo de aplicación tecnológica que garantiza la cooperación entre dos o más partes de una transacción, sin apoyarse en ningún trasfondo jurídico o social común que garantice la ejecución del contrato. En este sentido, si se tiene en cuenta las posibles ganancias y pérdidas de eficiencia derivadas de la contratación en entornos sin confianza, la teoría económica apuesta por los contratos inteligentes frente a otros métodos de gobernanza.<sup>99</sup> En verdad, por sus características de inmutabilidad, autoejecutabilidad, anonimidad etc. los contratos inteligentes pueden proporcionar suficientes salvaguardias en entornos sin confianza, siempre que los desarrolladores logren replicar las características del Derecho contractual en código de programación y con el mecanismo de consenso de blockchain.<sup>100</sup> De esta forma, la intervención del legislador puede quedar reducida a garantizar la permanencia de medidas de seguridad como, por ejemplo: (i) Normas imperativas que subsanen las deficiencias del mercado; (ii) Mecanismos de protección, incluyendo a los consumidores, inversores, y protección de la competencia en el mercado; (iii) Medidas para mantener determinadas actividades dentro de los límites socialmente permitidos (límites a la financiación del terrorismo o al blanqueo de capitales); (iv) Respuestas a las necesidades sociales, ubicación de los activos importantes para su embargo etc.<sup>101</sup> En todo lo demás, la regulación puede ser innecesaria e incluso contraproducente.

**53.** La incursión de la economía en el ámbito jurídico no está exenta de críticas. La verdad es que, a pesar de su lógica, la teoría económica subyacente es cambiante y hay una creciente evidencia empírica de que los individuos, a menudo, no responden al paradigma del *homo economicus*, por lo que la oportunidad de construir modelos basados en suposiciones que no reflejan la realidad, es cuestionable.<sup>102</sup> Pero todavía se puede afirmar que la teoría de la elección racional, aunque imperfecta, ofrece perspectivas atractivas en muchas situaciones,<sup>103</sup> y puede servir como herramienta de apoyo para el legislador en la tarea de regular la contratación inteligente. Si tenemos en cuenta la teoría económica, por tanto, todo apunta a que la ley preferida por los operadores será posiblemente aquella que favorezca la autorregulación y refleje un equilibrio óptimo entre innovación tecnológica y control. Así las cosas, la autonomía de las partes se muestra no sólo como un elemento útil para determinar la ley aplicable a los contratos inteligentes y aportar seguridad jurídica. También puede contribuir a informar los procesos de reforma legislativa en su grado justo.

**54.** La observancia de las medidas legislativas que se adopten para salvaguardar la seguridad, la protección de los consumidores, la competencia en el mercado, dar respuesta a las necesidades sociales o prohibir ciertas actividades, queda, además, garantizada, en los contratos con parte débil, a través de

---

<sup>97</sup> O. E. WILLIAMSON, "Contract analysis: The Transaction Costs Approach", en P. BURROWS y C. G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, Londres, Butterworths, 1981, p. 39 ss., p. 52.

<sup>98</sup> O. E. WILLIAMSON, "Contract analysis: The Transaction Costs Approach", en P. BURROWS y C. G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, Londres, Butterworths, 1981, p. 39 ss., p. 52.

<sup>99</sup> H. EENMAA-DIMITRIEVA y M. J. SCHMIDT-KESSEN, "Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts," *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2018, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.09.003>.

<sup>100</sup> H. EENMAA-DIMITRIEVA y M. J. SCHMIDT-KESSEN, "Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts," *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2018, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.09.003>.

<sup>101</sup> H. EENMAA-DIMITRIEVA y M. J. SCHMIDT-KESSEN, "Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts," *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2018, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.09.003>, pp. 19-20.

<sup>102</sup> A. SOMMA, *Introducción al Derecho Comparado*, traducción de E. CONDE NARANJO, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 167.

<sup>103</sup> R. PARDOLESI Y M. GRANIER, "El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado", *Revista ius et veritas*, vol. 49, diciembre 2014, pp. 16-39, p. 27.

la elección de la ley más favorable o en su defecto, de la ley de la residencia habitual de la parte más débil. Y, para el resto de contratos, mediante el mecanismo de las normas imperativas de la *lex causae* y de las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía en el sentido recogido por el art. 9(1) Reglamento de Roma I, que comprende tanto las normas internacionalmente imperativas del foro (art. 9(2)), como las del país de ejecución si hacen esta ilegal (art. 9(3)).

**55.** Sin embargo, cuando se trata de relaciones jurídicas sometidas a un alto grado de autorregulación que se desenvuelven exclusivamente en la red y que remiten a plataformas online para la resolución de controversias, la defensa de los intereses públicos y generales, es y será, más complicada. Aquí las decisiones se toman a través de mecanismos de enjuiciamiento “por pares” por árbitros, jueces o miembros de la cadena de bloques, que no son guardianes de ningún sistema jurídico estatal. La aplicación de *Lex Cryptographia* no encuentra en estos casos ningún control desde el punto de vista del Derecho estatal, ni siquiera a la hora de ejecutar la decisión, que se realiza directamente dentro de la cadena de bloques.<sup>104</sup> Ante esta situación, dos son las posibles soluciones: a) desarrollar unas normas de conflicto especiales que regulen la relación entre la *Lex Cryptographia* y la legislación nacional<sup>105</sup> y b) que el legislador mismo se involucre en el desarrollo de esta tecnología desde dentro. Esta última posibilidad parece la opción más acertada, ya que de esta manera puede controlar y regular la industria y estar mejor posicionado para aprovechar las oportunidades, a medida que vayan surgiendo.<sup>106</sup> Creemos que, a la postre, será la mejor forma de salvaguardar el interés general, puesto que toda intervención legislativa externa corre el riesgo de caer en saco roto, a medida que se vaya incrementando el número de operaciones y situaciones con virtualidad exclusiva dentro de la red.

## V. Conclusiones

**56.** “El código es ley” dictaminaba LAWRENCE LESSIG en su obra *Code 2.0*, construyendo con sus palabras puentes entre dos mundos, el informático y el jurídico: “hoy, quien programa, potencialmente legisla”.<sup>107</sup> El código es la letra de la ley y el algoritmo es la estructura que define el proceso.

**57.** Entre las visiones más radicales sobre informática y Derecho está aquella que aventura que la tecnología someterá al ordenamiento a las fuerzas del mercado y romperá el monopolio legislativo y judicial del Estado. Esta idea ha sido discutida por muchos autores, incluyendo ROBERT NOZICK, MURRAY ROTHBARD y DAVID FRIEDMAN,<sup>108</sup> para los que el propósito del sistema jurídico es proteger la propiedad privada y hacer valer los derechos de los ciudadanos, incluida la autonomía de la voluntad. Si las nuevas tecnologías digitales avanzan hasta un punto en el que realmente no hay necesidad de garantizar estos derechos por terceros, el ordenamiento estatal será superfluo, así como sus costes asociados, considerados por muchos libertarios como injustificables.<sup>109</sup>

**58.** Siguiendo esta estela de pensamiento, algunos autores han proclamado la aparición de la denominada *Lex Cryptographia*, entendida como el conjunto de normas que operan a través de contratos

<sup>104</sup> U. R. RODRIGUES, “Law and the Blockchain,” *Iowa Law Review*, vol. 104, 2019, pp. 679-729, p. 715.

<sup>105</sup> F. MÖSLEIN, “Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Help?”, en A. DE FRANCESCHI y R. SCHULZE (eds.), *Digital Revolution – New x for Law*, Munich, C. H. Beck, 2019, pp. 313-326, p. 316.

<sup>106</sup> T. LYONS, L. COURCELAS y K. TIMSIT, *Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, [https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report\\_legal\\_v1.0.pdf](https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf) Informe, p. 34 (consultado el 7 de diciembre de 2020); “La regulación de Blockchain y los Smart contracts va a requerir la armonización de conceptos, principios, regulación e interpretaciones”, *Especial Directivos*, núm. 1765, 1 de noviembre de 2019, pp. 38-42, p. 40.

<sup>107</sup> L. LESSIG, *The Code version 2.0*, Cambridge, Basic Books, 2006.

<sup>108</sup> R. NOZICK, *Anarchy, State, And Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974; M. ROTHBARD, *The Ethics of Liberty*, New York University Press, 1982; D. FRIEDMAN, *The Machinery Of Friedman*, Chicago, Open Court Publishing Company, 1973; E. STRINGHAM, *Anarchy And The Law*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 2007.

<sup>109</sup> M. RASKIN, “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, vol. 1, 2017, pp. 305-341, p. 335.

inteligentes autoejecutables y organizaciones autónomas descentralizadas, que está llamada a desplazar al Derecho estatal y a jueces y tribunales.<sup>110</sup>

**59.** A diferencia de los sistemas jurídicos tradicionales, cuyas disposiciones son universales y aplicables para todos, bajo este nuevo paradigma, los operadores son libres de elegir aquel conjunto particular de disposiciones disponibles en la red que mejor reflejen sus preferencias o necesidades. Ello puede desembocar en el caso más extremo en un *gobierno algorítmico*,<sup>111</sup> esto es, un nuevo sistema normativo capaz de regular la sociedad de manera más eficiente, que suprimiría los costes de la aplicación de la ley y que permitiría un sistema personalizado de reglas para cada ciudadano, revisables constantemente en función de sus preferencias y perfiles correspondientes. Una dictadura de los datos o *Ciberleviatán*, en palabras de LASSALLE.<sup>112</sup>

**60.** Por otra parte, para estimular la innovación, el empleo y el crecimiento económico, desarrolladores, empresas y el ecosistema tecnológico en general dependen de un marco jurídico comprensible, predecible y adecuado que constituya la base de una industria digital próspera. Sin él, muchas *startups* no podrán llevar a cabo sus proyectos por miedo a futuras responsabilidades legales inciertas, las plataformas pueden tener dificultades para encontrar usuarios por la ausencia de una protección jurídica adecuada y, posiblemente, costará despertar el interés sobre los nuevos tipos de activos digitales. La incursión del legislador en el ámbito de la contratación inteligente es, por tanto, necesaria.

**61.** La profundidad del análisis jurídico necesario para llevar a cabo la regulación sustantiva de esta tecnología a nivel local o una armonización transfronteriza de manera efectiva, exige cautela. Además, dada la velocidad del desarrollo tecnológico y la expansión de sus aplicaciones, el legislador corre el riesgo de que la normativa que adopte quede desfasada, incluso antes de entrar en vigor.

**62.** En consecuencia, la autorregulación, en conexión con el Derecho internacional privado, están llamados a jugar un papel central a la hora de garantizar la seguridad jurídica y la defensa de los intereses públicos y generales, fomentando, al mismo tiempo, el desarrollo de las mejores soluciones a nivel legislativo e incentivando la innovación tecnológica. A tal efecto, se deberá promover la elección de la ley aplicable, tanto a nivel individual, como en los términos y condiciones que rigen para cada cadena de bloques. Asimismo, se aconseja la adopción de una norma de conflicto específica para las transacciones que se desarrollan en la cadena de bloques con carácter exclusivo. En ausencia de elección, la ley del país con los vínculos más estrechos proporciona un grado de flexibilidad adecuado para la mayoría de situaciones. No obstante, cuando la deslocalización de la transacción impide establecer razonablemente la ley del país con los vínculos más estrechos, la *lex fori* se presenta como la solución que aporta más seguridad jurídica y previsibilidad.

**63.** El Derecho internacional privado contiene, en consecuencia, elementos decisivos para obligar al legislador a promulgar normas eficaces, que reflejen un equilibrio adecuado entre innovación tecnológica y la protección de los intereses generales. En último término, además, la competencia regulatoria que posibilita la autonomía de la voluntad, puede desembocar en la armonización transfronteriza del marco regulatorio de la contratación inteligente.

**64.** La intervención legislativa deberá ir orientada, así, a garantizar el interés general en su grado justo. Pero las redes de la *Lex Cryptographia* son fuertes; mucho más que las de la *Lex Mercatoria*.

---

<sup>110</sup> A. WRIGHT y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia” (10 de marzo de 2015), p. 4. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (consultado el 7 de diciembre de 2020); F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en D. KRAUS, T. OBRIST y O. HARI (eds), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82.

<sup>111</sup> A. WRIGHT y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia” (10 de marzo de 2015), p. 41. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (consultado el 7 de diciembre de 2020).

<sup>112</sup> J. M. LASSALLE, *Ciberleviatán*, Barcelona, Arpa Editores, 2019.

Mientras que esta última necesita del sistema judicial y está sometida a su escrutinio al no disponer de mecanismos coercitivos propios, la *Lex Cryptographia* opera a través de mecanismos autoejecutables, que limitan al máximo el margen de intervención del aparato jurídico estatal. Como se ha señalado en el apartado II, ya hay ejemplos de entidades y situaciones que existen en la cadena de bloques de forma exclusiva y cabría pensar que, en la medida que la red se consolida y la tecnología avanza, el número de transacciones totalmente deslocalizadas no hará sino aumentar. Aquí, la protección de los intereses generales mediante la aplicación de las normas de policía no alcanza, sobre todo, si la resolución de controversias se somete a una “jurisdicción online”. Por consiguiente, al legislador no le queda otra que involucrarse en el desarrollo de la red desde dentro. De esta forma, podrá velar por el interés público en primera línea de acción y estará bien posicionado para aprovechar las oportunidades que la red ofrece.

# LA EFICACIA EN ESPAÑA DE LOS DIVORCIOS EXTRAJUDICIALES OTORGADOS EN EL EXTRANJERO

## THE EFFECTIVENESS IN SPAIN OF EXTRA-JUDICIAL DIVORCES GRANTED ABROAD

NURIA MARCHAL ESCALONA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Granada*

ORCID: ID 0000-0002-0353-664X

Recibido: 14.12.2020 / Aceptado: 11.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5967>

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es analizar el régimen de reconocimiento de los divorcios extrajudiciales extranjeros en España considerando como tales aquellos en los que interviene una autoridad no judicial con carácter constitutivo o como mera federataria, así como los basados en un simple acuerdo entre los cónyuges. La importancia cuantitativa que están adquiriendo en los últimos tiempos evidencia el interés del tema y la necesidad de un tratamiento pormenorizado del mismo al no existir estudios doctrinales sobre el tema. Una cuestión que se presenta compleja, máxime teniendo en cuenta que la diversidad es la nota dominante en Derecho comparado, y que la decisión o el documento que disuelve el matrimonio puede incluir pronunciamientos diferentes al meramente constitutivo.

**Palabras clave:** retorno, reconocimiento y eficacia extraterritorial del divorcio extrajudicial, liquidación del régimen económico del matrimonio, eficacia de las decisiones sobre alimentos y menores.

**Abstract:** The aim of this paper is to analyse the system of recognition of foreign extra-judicial divorces in Spain, considering as such those involving a non-judicial authority with a constitutive or merely federal character, as well as those based on a simple agreement between the spouses. The quantitative importance that they are acquiring in recent times shows the interest of the subject and the need for a detailed treatment of it in the absence of doctrinal studies on the subject. This is a complex issue, especially since diversity is the dominant factor in comparative law, and the decision or document dissolving the marriage may include pronouncements that differ from the mere constitution.

**Keywords:** return, recognition and extraterritorial effectiveness of extra-judicial divorce, dissolution of the bond, liquidation of the economic regime of the marriage, effectiveness of decisions on maintenance and minors.

**Sumario:** I. Introducción. II. Concepto y configuración legal del divorcio extrajudicial en Derecho comparado. 1. Una aproximación conceptual. 2. El divorcio extrajudicial en Derecho comparado. A) Iberoamérica. B) Europa. a' Europa nórdica. b' Europa oriental y central. c' Europa occidental y meridional. C) Asia y África. 3. Conclusiones. III. Condicionantes de la eficacia del divorcio extrajudicial extranjero en España. IV. Efecto constitutivo. 1. Régimen de reconocimiento en España

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)” PID2019-106496RB-I00, del Programas estatal “Retos de la sociedad” y del Proyecto I+D “Instrumentación normativa de la política de retorno de emigrantes españoles y la atracción de talento global” (Referencia: RTI2018-099274-B-I00), financiado por: FEDER / Ministerio de Ciencia e Innovación - Agencia Estatal de Investigación. Todos los enlaces han sido consultados el 14/12/2020.

del divorcio otorgado por autoridad extrajudicial extranjera. A) Derecho institucional. B) Derecho convencional. C) Derecho autónomo. 2. El régimen de reconocimiento de los “divorcios privados” extranjeros en España. A) ¿Pueden ser los divorcios pronunciados por tribunales religiosos extranjeros reconocidos en España? B) ¿Puede el divorcio contractual francés ser reconocido en España? V. Efectos de las cuestiones accesorias a la disolución del matrimonio. 1. Liquidación del régimen económico matrimonial. 2. Obligaciones alimenticias. 3. Relaciones paterno-filiales. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La experiencia migratoria supone un aprendizaje personal y profesional, optar por ella debe ser una decisión voluntaria y no forzada por las circunstancias. Durante la crisis económica, cientos de miles de españoles emigraron en busca de una oportunidad para ganarse la vida en otro país. La gran mayoría eran jóvenes bien formados, cuyas perspectivas laborales en España se limitaban al desempleo o la precariedad. Muchos de estos españoles que emigraron en su día por razones económicas desean retornar a España. De hecho, la política pública española se ha centrado en los últimos tiempos en facilitar su retorno a nuestro país<sup>1</sup>. Los beneficios económicos, familiares y sociales para España son evidentes. No obstante, son muchas las dificultades que se plantean en este contexto<sup>2</sup>, sobre todo, cuando los emigrados que desean retornar a España – al igual que les sucede a los ciudadanos extranjeros que emigran a nuestro país– necesitan reconocer en nuestro país aquellas instituciones jurídico-familiares válidamente constituidas en otro Estado, y cuyo reconocimiento es preciso para regularizar su “*status*” personal en nuestro país.

Es relativamente frecuente en los tiempos en los que vivimos que la disolución de un matrimonio contraído en un Estado se produzca en otro. Para que esta surta efectos en nuestro país, es preciso que sea reconocida por parte de las autoridades españolas. El reconocimiento de un divorcio otorgado en el extranjero, en particular, de aquellos pronunciados por una autoridad no judicial extranjera, como los “divorcios privados”, es decir, los obtenidos sin la intervención de la correspondiente autoridad –o con una intervención mínima–, resulta una tarea ardua y compleja.

2. Cada día hay más Estados que, ante la necesidad de descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales y agilizar los trámites, atribuyen facultades o competencias a autoridades no judiciales para disolver un matrimonio, como así ocurrió en España al admitir la competencia de los notarios para disolver un matrimonio<sup>3</sup>, así como en otros países de Iberoamérica (Cuba, México, Brasil, Colombia, Ecuador, Costa Rica, Perú, Bolivia y Nicaragua), de Europa (Portugal, Italia, Dinamarca, Noruega, Rusia, Letonia, Estonia, Ucrania, Moldavia y Rumania), de Asia (Japón, Kirguistán y China) y transcontinentales, como Armenia. Por otra parte, hay Estados en los que el divorcio se produce sin intervención de autoridad pública alguna o con una intervención muy limitada, como así sucede en Francia (art. 229-1º Código civil francés<sup>4</sup>) y en los sistemas jurídicos de inspiración islámica<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> El Gobierno español aprobó, el 22 de marzo de 2019, el Plan de retorno de emigrantes a España con el objetivo de fomentar el regreso de españoles al país en las mejores condiciones y facilitar su proceso de vuelta (<https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/plan-retorno-espana.html>).

<sup>2</sup> A tales efectos, se publicó la Guía de retorno elaborada por el Ministerio de Trabajo y economía social (<https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/plan-retorno-espana.html>).

<sup>3</sup> Fue la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria –en adelante LJV– (BOE de 3 de julio de 2015) la que confirió a tales autoridades dichas potestades. Al respecto, *vid.* J. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTERO, “La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 732, 2012, pp. 137-166.

<sup>4</sup> En Francia, el divorcio por mutuo acuerdo ha pasado a ser, desde que se aprobara la Ley núm. 2016-1547 de 18 noviembre de 2016 de *Modernisation de la Justice du XXIe Siècle* (JORF núm. 0269 du 19 novembre du 2016 en <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo->), que modificó el Código civil francés, un asunto “privado” en el que es el acuerdo de los cónyuges el que produce el divorcio. No existe intervención de una autoridad pública para pronunciarlo. El papel que desempeña el notario en este divorcio sin juez es mínimo (C. BLANCHARD, “La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, nº. 1, 6 janvier 2017, p. 1002; M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *ADC*, t. LXXII, fasc. I, 2019, pp. 5-52).

<sup>5</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcio internacional y actividad notarial”, *Familia y sucesiones: Cuaderno jurídico*, nº 124, 2018, pp. 15-16.

3. La importancia cuantitativa que está adquiriendo en los últimos tiempos la disolución del matrimonio vía extrajudicial evidencia el interés del tema y la necesidad de proceder a un tratamiento detenido y pormenorizado del mismo. En el presente trabajo abordaremos los problemas que su reconocimiento o eficacia plantean en España. Una cuestión que resulta compleja. No solo porque este tipo de divorcios pueden producirse sin intervención –o con una intervención mínima– de una autoridad, pública, sino por la diversidad que existe en este ámbito en Derecho comparado, lo que complica considerablemente, como veremos, la posibilidad de obtener el reconocimiento de tales divorcios en nuestro país. A ello hay que sumar que, toda decisión o documento en cuya virtud una autoridad extrajudicial extranjera disuelve un matrimonio puede incluir o no pronunciamientos diferentes al de la disolución del vínculo. Puede pronunciarse además sobre la liquidación del régimen económico del matrimonio, las obligaciones alimenticias, así como las relaciones paterno-filiales, lo que dificulta la cuestión de saber cómo será reconocido dicho divorcio en España. No obstante, antes de analizar cómo se reconocen estos tipos de divorcios en España, procederemos a formular un concepto aproximado y omnicomprendivo de divorcio extrajudicial capaz de abarcar la diversidad existente, así como a realizar un análisis de Derecho comparado, lo que nos permitirá revelar las similitudes y diferencias existentes en su configuración jurídica en los distintos Estado, así como constatar y comprender, en última instancia, la razón por la que el reconocimiento de un divorcio extrajudicial extranjero en nuestro país se revela una cuestión compleja.

## II. Concepto y configuración legal del divorcio extrajudicial en Derecho comparado

### 1. Una aproximación conceptual

4. La dificultad de hallar un término adecuado capaz de abarcar todos los supuestos en los que puede disolverse un matrimonio sin intervención de una autoridad judicial permite advertir *ab initio* el complejo y diverso panorama que presenta en este ámbito el Derecho comparado. A fines del presente trabajo, hemos optado por emplear el término “divorcio extrajudicial”, que resulta en cierto modo gráfico y omnicomprendivo de la diversidad existente en Derecho comparado.

Así pues, por divorcio extrajudicial debe entenderse tanto el que es dictado por una autoridad no judicial (notario, Encargado del Registro civil, etc.) en el que interviene con carácter constitutivo como los denominados “divorcios privados”<sup>6</sup>, basados en un mero acuerdo o pacto entre los cónyuges (divorcio privado francés), y los dictados por tribunales religiosos (*ad ex*. Siria), en los que no interviene autoridad alguna o lo hace como mera federataria. Quedan excluidos de esta definición, por tanto, aquellos divorcios que tienen lugar tras la solicitud unilateral de las partes y en los que la autoridad pública interviene controlando su legalidad, como así ocurre con el *talaq* marroquí, puesto que, desde que se reformó el Código de Familia Marroquí (*Al Mudawana*), para poder disolver el vínculo matrimonial por *talaq* es preciso la apertura de un procedimiento judicial<sup>7</sup>. No cabe, por tanto, calificar a estos tipos de divorcios de “privados”.

### 2. El divorcio extrajudicial en Derecho comparado

5. Actualmente son numerosos los Estados que reconocen la posibilidad de disolver extrajudicialmente el matrimonio tanto en el continente americano como en el europeo y el asiático.

<sup>6</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2018, p. 255.

<sup>7</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “Nulidad, separación y divorcio de la mujer marroquí en España”, en C. RUIZ SUTIL, R. RUEDA VALDIVIA (Coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Junta de Andalucía, Instituto andaluz de la Mujer, 2008, pp. 219-244; M<sup>a</sup>. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del Derecho marroquí en la UE”, *CDT*, 2014, vol. 6, n<sup>o</sup> 2, pp. 201-244.

## A) Iberoamérica

6. La disolución notarial del matrimonio constituye una práctica muy habitual en estos países. Cuba fue pionero en admitir el divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Según el Decreto-Ley nº 154/1994 de 6 de septiembre, este procederá “*cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmediatos y no se emita por el Fiscal dictamen en contrario, en su caso*” (art. 1<sup>8</sup>). A falta del acuerdo, el divorcio se tramitará por la vía judicial. A tales efectos, los cónyuges deben solicitar conjuntamente, por sí o por representación, la disolución del vínculo matrimonial (art. 2). La tramitación del divorcio se regirá por los principios y normas del Código de la Familia ante notario y lo establecido en la Ley de las notarías Estatales y su reglamento (art. 3)<sup>9</sup>. El notario tiene la obligación de verificar la legalidad de los acuerdos alcanzados por los cónyuges y en especial lo relativo a las relaciones paterno filiales, patria potestad, guarda y custodia de los hijos comunes<sup>10</sup>. Asimismo, deberá dar traslado de la solicitud del divorcio al Fiscal cuando, a su juicio, los acuerdos de los cónyuges sean lesivos o cuando pretendan deferir la patria potestad sobre los hijos comunes a favor de uno solo de los padres. El Fiscal, al recibir una solicitud de divorcio, analizará la procedencia o no de los acuerdos en relación con los intereses de los menores y emitirá un dictamen al respecto que enviará al notario encargado de tramitar la solicitud de disolución del vínculo matrimonial<sup>11</sup>. Si dicha autoridad emite dictamen contrario a alguno de los acuerdos propuestos por los cónyuges, el notario lo hará saber a los interesados por sí, en atención a lo señalado por el Fiscal, aceptan su modificación. Si los cónyuges aceptan modificar sus acuerdos, según lo señalado por el Fiscal, el notario continuará la tramitación del divorcio. En caso contrario, interrumpirá su sustanciación dejando expedita la vía judicial informando de ello a los interesados (art. 8).

7. El art. 272 del Código Civil Federal mexicano admite la disolución del matrimonio ante el Juez del Registro Civil. Para ello, ambos cónyuges deben convenir de mutuo acuerdo en divorciarse, ser mayores de edad, no tener hijos y haber liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal<sup>12</sup>. En tales casos, el Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes se ratifican, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. El divorcio no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos menores de edad o no han liquidado la sociedad conyugal. Con todo, México es un sistema plurilegislativo<sup>13</sup>, y hay Estados en los que se admite

<sup>8</sup> Disponible en <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Decreto-Ley-No.-154.pdf>. Para un análisis del mismo, vid. J.L. ORDELIN FONT, “Dos décadas de divorcio notarial en Cuba: ¿hacia dónde vamos?”, 20144, pp. 1-28 en [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=13807670&name=DLFE-222967.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=13807670&name=DLFE-222967.pdf).

La escritura notarial que declare el divorcio tendrá, según el art. 9, fuerza ejecutiva directa e inmediata, a todos los efectos legales y contendrá los acuerdos de los cónyuges sobre los aspectos siguientes: “*a) la disolución del vínculo matrimonial, b) la determinación en relación con la conservación de la patria potestad sobre los hijos comunes menores, salvo que existiese fallo judicial en contrario, acreditado por alguno de los cónyuges, c) el discernimiento de la guarda y cuidado de los hijos comunes menores, d) la determinación de la cuantía de la pensión, que corresponda conceder a los hijos comunes menores y al ex cónyuge, en su caso, e) el régimen de comunicación de aquel de los padres al que no se le confiere la guarda y cuidado de los hijos comunes menores con estos, f) las convenciones de los cónyuges sobre el destino de la vivienda, si procediere, g) las advertencias legales correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en caso de que expresamente declinaran su derecho a realizarla en el propio acto*”.

<sup>10</sup> En concreto, velará, según lo dispuesto en el art. 4, que tal convenio no atente contra: “*a) el normal desarrollo y cuidado de los hijos comunes menores b) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos c) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores d) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores y e) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres*”.

<sup>11</sup> Toda modificación sobre las relaciones paterno filiales referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación o pensiones que surjan con posterioridad a la fecha de la escritura de divorcio, se resolverán ante notario, siempre que no exista contradicción entre los ex cónyuges (art. 11). El incumplimiento de cualquiera de los ex cónyuges de algunos de sus pronunciamientos contenidos en la escritura del divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el tribunal municipal popular correspondiente (art. 12).

<sup>12</sup> <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/libro-primero/titulo-quinto/capitulo-x/>.

<sup>13</sup> I. SOTO SOBREYRA Y SILVA, “Matrimonio y divorcio en sede notarial”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 264, 2015, pp. 120-142.

igualmente la posibilidad de que los cónyuges obtengan su divorcio vía notarial, como así sucede en el Estado de México<sup>14</sup>, de Jalisco<sup>15</sup> y de Puebla<sup>16</sup>.

8. En Brasil se permite, en virtud de lo establecido en la Ley nº 11411/2007 de 4 de enero –implementada por la Resolución núm. 35 de 24 de abril del 2007 del Consejo Nacional de Justicia<sup>17</sup>–, el divorcio notarial<sup>18</sup>. Los cónyuges podrán divorciarse vía notarial, siempre que no haya hijos menores de edad o incapaces y exista acuerdo sobre el reparto de los bienes comunes, la pensión alimenticia y la recuperación del nombre de soltero o mantenimiento del de casado. También se exige que los esposos estén separados de hecho durante, al menos, el plazo de dos años<sup>19</sup>.

9. En Colombia, el art. 34 de la Ley nº 962/2005 de 8 de julio <sup>20</sup> –implementado con posterioridad por el Decreto nº 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia<sup>21</sup>– introdujo la posibilidad de obtener el divorcio ante notario. Este podrá convenirse por mutuo acuerdo de los cónyuges, con intermediación de abogado, mediante escritura pública con los mismos efectos que el decretado judicialmente<sup>22</sup>. La intervención del “Defensor de familia” es obligatoria en el caso de que existan hijos menores de edad, y su dictamen es vinculante tanto para el notario como para los cónyuges, quienes deben modificar su convenio para adaptarlo, pues, de lo contrario, el divorcio deberá de ser judicial. Como en la legislación cubana, para sustentar la petición deben acompañar los certificados de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores de edad, así como el poder conferido para la representación de uno de los cónyuges, con facultad expresa para suscribir la escritura pública de divorcio, de darse el supuesto. Si los cónyuges no comparecen a ratificarlo, transcurridos dos meses desde que fue puesto a disposición, se entenderá que desisten de su petición.

10. El legislador ecuatoriano admitió el divorcio notarial en virtud de la Ley nº 2006-62<sup>23</sup>. A partir de dicha fecha, los notarios ecuatorianos pueden tramitar el divorcio por mutuo consentimiento,

<sup>14</sup> Será factible siempre que sea de común acuerdo, no haya hijos menores de edad o discapacitados que dependan de ambos y no existan deudas en común en <http://derechomexicano.com.mx/notarios-en-mexico-podran-divorciar>.

<sup>15</sup> Dicha posibilidad fue introducida por el Decreto 26926/LXI/18 (art. 775 bis) en <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/content/sabado-1-de-septiembre-de-2018-2>.

<sup>16</sup> En particular, quienes soliciten el divorcio administrativo deberán estar sometidos al régimen de separación de bienes o presentar convenio de liquidación, tener al menos un año de casados y no tener hijos menores de edad o discapacitados (art. 436 III y VI del Código civil del Estado de Puebla). A tales efectos, los cónyuges se presentarán personalmente al notario de su elección (art. 437 Código civil del Estado de Puebla) en <https://www.milenio.com/opinion/varios-autores/escuela-libre-de-derecho-de-puebla/el-divorcio-ante-notario-en-el-estado-de-puebla>.

<sup>17</sup> [http://www.lex.com.br/doc\\_3859022\\_RESOLUCAO\\_N\\_35\\_DE\\_24\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2007.aspx](http://www.lex.com.br/doc_3859022_RESOLUCAO_N_35_DE_24_DE_ABRIL_DE_2007.aspx).

<sup>18</sup> “*A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial*”. A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei” en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm). Para un análisis del mismo, vid. T. VAINSENER, “El divorcio en el Derecho brasileño”, en A. ACEDO PENCO, L.B. PÉREZ GALLARDO (Coords.), *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, Temis, Ubijus, Reus, Zavalía, 2009, pp. 123-145.

<sup>19</sup> Si existe sentencia de separación judicial, basta el transcurso de un año. Todo debe ser acreditado documentalmente por medio de los oportunos certificados registrales (matrimonio e hijos) y el convenio de liquidación de bienes comunes [E.M.<sup>a</sup>. RODRÍGUEZ DÍAZ, “El divorcio notarial en España (perspectiva en Derecho Comparado y problemática de la actual regulación)”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 41, 2018, pp. 32-33 en <https://www.unioviado.es/reunido/index.php/RJA/article/view/>]

<sup>20</sup> DO núm. 45.963 de 8 de julio de 2005.

<sup>21</sup> <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18346>.

<sup>22</sup> La solicitud deberá contener disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de alimentos entre los cónyuges, si es el caso, el estado en que se encuentra la sociedad conyugal e información sobre la existencia o no de hijos menores de edad. De existir, el acuerdo debe comprender además el convenio sobre la pensión de alimentos, la custodia, el régimen de visitas y la periodicidad de las mismas (art. 2).

<sup>23</sup> <https://www.asobanca.org.ec/sites/default/files/Ley%20Reformatoria%20de%20la%20Ley%20Notarial.pdf>.

siempre que no haya hijos menores de edad o bajo su dependencia. Los cónyuges deberán estar asesorados por un abogado y ratificar su voluntad de divorciarse en una audiencia que se fijará dentro de un plazo no mayor a diez días. Estos pueden comparecer personalmente o estar representados. A petición de las partes y de mutuo consentimiento, el notario en el mismo acto procederá a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal.

**11.** La Ley nº 29227/2008 de 16 de mayo –implementada por el Decreto Supremo 009-2008-J.U.S. del 12 de junio del 2008<sup>24</sup>– regula el procedimiento de separación convencional y de ulterior divorcio en las municipalidades y notarías en Perú, así como ante el alcalde<sup>25</sup>. Podrán acogerse a dicha Ley los cónyuges que, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, decidan solicitar su separación convencional y ulterior divorcio (art. 2). Los requisitos que deberán cumplir para obtener dicho divorcio son: no tener hijos menores de edad, carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales o contar con escritura pública de liquidación del régimen patrimonial. Presentada la solicitud con los requisitos correspondientes, el notario o alcalde verificará los documentos y convocará a los cónyuges a una audiencia única en un plazo de 15 días (art. 10). En la comparecencia, los cónyuges ratificarán su solicitud de separación (art. 12). La Ley permite a las partes poder concurrir a dicha audiencia a través de sus representantes con poder debidamente inscrito ante los Registros Públicos. Transcurridos dos meses de la declaración de la separación convencional, cualquiera de los esposos podrá solicitar al notario la disolución del matrimonio (art.13). La solicitud será resuelta dentro de los quince días siguientes.

**12.** El art. 206 del Código de las Familias y del Proceso Familiar, aprobado por Ley nº 603, de 19 de noviembre de 2014, introdujo en Bolivia la posibilidad de obtener el divorcio administrativo de mutuo acuerdo por vía notarial<sup>26</sup>. Se exige el consentimiento de ambos cónyuges, no existir hijos o, de haberlos, que sean mayores de 25 años, que no tengan bienes gananciales y no exista pretensión de asistencia familiar por ninguno de los cónyuges (art. 95 Ley del Notariado plurinacional de 25 de enero de 2014<sup>27</sup>). Los cónyuges, en el término de tres meses, deberán presentarse nuevamente ante el notario para ratificar su petición, que será protocolizada. Si transcurren seis meses sin que ambos cónyuges se presenten a ratificar su propósito de divorciarse, el trámite se considera caducado y será archivado (art. 95 Ley del Notariado).

**13.** El art. 159 de la Ley nº. 870, aprobada el 24 de junio de 2014<sup>28</sup>, prevé la posibilidad de obtener en Nicaragua el divorcio de mutuo acuerdo ante notario<sup>29</sup>. Para ello, es preciso que no existan hijos comunes menores o personas con discapacidad, ni bienes en común. En el caso de que existan, se requiere un acuerdo sobre la forma de uso o distribución de los mismos. El notario podrá disolver el vínculo matrimonial, debiendo consignar el pacto en la escritura pública correspondiente<sup>30</sup>. El notario, al recibir la petición de disolución por mutuo consentimiento, advertirá a los cónyuges el efecto de su decisión (art. 160). El testimonio de la escritura de disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, que libre el notario, se inscribirá en el Registro del Estado Civil de las Personas y en el Registro Público de la Propiedad, cuando corresponda (art. 162)<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> <http://www.municallao.gob.pe/contenidosMPC/transparencia/pdf/documentos/Ley-Nro29227.pdf>. Al respecto, *vid.* C.J. CABELLO MATAMALA, “El divorcio en el Derecho peruano”, en A. ACEDO PENCO/ L.B. PÉREZ GALLARDO (Coords.), *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Madrid, Temis, 2009, pp. 525-550.

<sup>25</sup> <https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2006/11/registro-oficial-28-de-noviembre-del-2006>.

<sup>26</sup> <https://www.derechoteca.com/gacetabolivia/ley-no-603-del-19-de-noviembre-de-2014>.

<sup>27</sup> <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N483.html>.

<sup>28</sup> <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nic138841.pdf>.

<sup>29</sup>  *Vid.* L.B. PÉREZ GALLARDO “Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 429-457.

<sup>30</sup> El art. 161 dispone la documentación que los esposos deben aportar con la solicitud de divorcio ante notario, entre los que destaca la “certificación negativa de hijos e hijas y de bienes”.

<sup>31</sup> E.M<sup>a</sup>. RODRÍGUEZ DÍAZ, “El divorcio notarial...”, *loc.cit.*, pp. 87-88.

14. En suma, el análisis de la normativa vigente en los diferentes países iberoamericanos que admiten este tipo de divorcio evidencia que, aunque son diversas las autoridades no judiciales con competencia para otorgar el divorcio –notario, alcalde o Juez encargado del Registro civil–, existe preferencia por el divorcio notarial, siempre que no haya hijos menores de edad, salvo en Cuba y Colombia. A partir de aquí, las diferencias se multiplican. Hay Estados donde la liquidación de la sociedad conyugal es un requisito esencial para poder acordar el divorcio (*ad ex.* Perú y México); mientras que, en otros ordenamientos, como así sucede en Ecuador, Colombia y Brasil, la liquidación del régimen económico del matrimonio puede hacerse simultáneamente o con posterioridad al divorcio. Esta puede constar en la misma escritura pública o en otra diferente, como así sucede en Ecuador. De la misma manera, no existe unanimidad en torno a si es precisa (o no) la intervención del abogado en la tramitación del divorcio, así como también si cabe (o no) la representación de las partes. Esta diversidad es igualmente patente en otros extremos, como, por ejemplo, la documentación que debe ser presentada al solicitar el divorcio; la necesidad de obtener previamente la separación convencional, como así sucede en Perú, así como si los cónyuges tienen que asistir (o no) a una audiencia para ratificarse<sup>32</sup>.

## B) Europa

### a) Europa nórdica

15. El divorcio extrajudicial se admite tanto en Noruega como en Dinamarca. En Noruega, según lo establecido en la Sec. 16 a) y 19-26 de la *The Marriage Act*, los trámites de separación y divorcio pueden realizarse ante la Oficina del *Fylkesmann* (Gobernador del Condado) del último domicilio del matrimonio que desea separarse o divorciarse. Si ninguno de los cónyuges vive allí, podrá instarse ante el Gobernador de cualquiera de los domicilios al tiempo de la petición<sup>33</sup>. De existir hijos menores de 16 años, la petición irá acompañada de un certificado de mediación acordado dentro de los seis meses anteriores a la solicitud (Sec. 26). Una vez tramitado el decreto de separación, se enviará a los interesados. Transcurrido un año desde la fecha del decreto de separación, se podrá solicitar el divorcio (Sec. 21), de forma que, si solo uno de los cónyuges desea divorciarse, podrá hacerlo, pese a la objeción de la otra. Si ambos están de acuerdo, su petición de divorcio será procesada por el Gobernador del Condado, salvo que no exista acuerdo sobre los términos del mismo. En tal caso, el divorcio tendrá que ser pronunciado por los tribunales (Sec. 27).

16. En Dinamarca, la separación y el divorcio se puede obtener por decreto administrativo o *bevilling* (Sec. 42.1º de la *Danish Marriage Act Section*<sup>34</sup>) con los mismos efectos jurídicos que cuando media sentencia judicial (Sec. 42). No obstante, la posibilidad de obtener el divorcio por decreto administrativo solo será posible si los cónyuges, de común acuerdo, desean que se decrete la separación o divorcio por vía administrativa y están conformes respecto a los aspectos relativos a la patria potestad, la custodia de los hijos menores, la obligación de alimentos entre cónyuges, etc. (Sec. 42.2º). Los decretos administrativos son extendidos por el Ministerio de Justicia o por el Departamento (*statsamt*<sup>35</sup>) correspondiente, mediante delegación del Ministro de Justicia [Sec. 42 a) 1º].

En suma, el divorcio se puede obtener en tales países ante autoridades administrativas pudiendo decretarse, incluso, cuando hay hijos menores de edad.

<sup>32</sup> Para un análisis más pormenorizado de tales diferencias, *vid.* D. LEONARDO/ B. PÉREZ GALLARDO, “Un «fantasma» recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial”, pp. 1-43 en [http://Dialnet/UnFantasmaRecorreLatinoamericaEnLosAlboresDeEsteSi-3233237%20\(6\).pdf](http://Dialnet/UnFantasmaRecorreLatinoamericaEnLosAlboresDeEsteSi-3233237%20(6).pdf).

<sup>33</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/165b14b004784e9c86944f2e2301ce85/helt-endig-versjon-ekteskapsloven-engelsk-oppdat.-februar-2018-revidert-mht-kommentarer-fra-bld-og-jd-innarbeidet.pdf>

<sup>34</sup> [http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/Dk\\_marrig.pdf](http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/Dk_marrig.pdf).

<sup>35</sup> El *statsamt* es el órgano administrativo superior de cada una de las catorce regiones en las que se divide Dinamarca a efectos administrativos. Tiene competencia en algunos asuntos de Derecho de familia y personas (E.Mª. RODRÍGUEZ DÍAZ, “El divorcio notarial...”, *loc.cit.*, p. 78).

## b) Europa oriental y central

**17.** Son varios los países europeos que admiten este tipo de divorcio<sup>36</sup>. El art. 69 del Código civil de Letonia, tras la reforma habida en dicho Estado en 2010, admite que el matrimonio sea disuelto por un tribunal judicial o por un notario/*notārs*<sup>37</sup>. El notario podrá disolver el matrimonio previo acuerdo de los cónyuges, si no tienen hijos menores en común ni bienes compartidos (art. 69.3º).

**18.** En Rumanía, el art. 375 del Código civil rumano reconoce que el divorcio por acuerdo de los cónyuges puede tramitarse, bien por vía administrativa ante el responsable del Registro Civil, o bien ante notario del lugar donde se celebró el matrimonio o de la última residencia en común de los cónyuges. Si no tienen hijos menores, nacidos dentro o fuera del matrimonio o adoptados, el notario podrá decretar el divorcio. Si los hay, solo podrá hacerlo si los cónyuges pactan sobre el apellido a llevar tras el mismo, el ejercicio de la patria potestad por ambos padres, la fijación del domicilio de los hijos tras el divorcio, las relaciones personales entre los padres y cada uno de los hijos, la contribución a los gastos de cuidado, educación, enseñanza y formación profesional de los hijos, etc.<sup>38</sup>. La solicitud de divorcio se presentará por los dos cónyuges, bien personalmente o bien por medio de un representante con poder notarial. El notario les concederá un plazo de reflexión de treinta días, tras el cual, los cónyuges se presentarán personalmente. Este verificará si los cónyuges persisten en deseo de divorciarse y si el consentimiento es libre (o no). El notario expedirá el certificado de divorcio, remitirá una copia certificada del mismo al Ayuntamiento del lugar de celebración del matrimonio. Si desestima la petición, los cónyuges tienen abierta la vía judicial<sup>39</sup>.

**19.** En Estonia, según la *Family Law Act* de 18 de noviembre de 2009<sup>40</sup> y la *Vital Statistics Registration Act* de 20 de mayo de 2009<sup>41</sup>, el divorcio puede obtenerse ante la Oficina del Registro Civil o ante notario del lugar de residencia de cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo de las partes, siempre que ambos cónyuges residan en Estonia con independencia de que haya o no hijos menores o discapacitados. Para obtener el divorcio, se requiere la presentación de una la solicitud personal y conjunta por escrito, realizada por los cónyuges, a la que han de acompañar el certificado del matrimonio y la confirmación de carecer de conflictos en relación con los menores, con la división del patrimonio común o con las resoluciones en materia de alimentos. Si un cónyuge no puede comparecer personalmente por razones justificadas ante la Oficina del Registro Civil para poder entregar la solicitud conjunta, podrá entregar una solicitud por separado siempre que haya sido certificada por un notario.

**20.** En Rusia, el art. 18 del *Family Code* admite el divorcio de mutuo acuerdo ante el *Registry Offices*<sup>42</sup>, siempre que no haya hijos menores<sup>43</sup>. No obstante, en determinados supuestos, es factible disolver el matrimonio ante dicha autoridad a solicitud de uno solo de los cónyuges, con independencia de que existan o no hijos menores de edad comunes (art. 19<sup>44</sup>). Dicha autoridad no se pronunciará sobre

<sup>36</sup> Por el contrario, en otros países, como así sucediera en Lituania y en Bielorrusia, se abolió en el S. XX el divorcio administrativo [M. ANTOKOLSKOIA, “*European Family Law*”, en J.M. CHERPE (Ed.), *Family Law in a European Perspective*, Vol. III, Masachuses, E. Elgar Publishing, 2016, p. 75].

<sup>37</sup> Según el cual: “*A notary may dissolve a marriage in accordance with the procedures laid down in the Notariate Law if both spouses agree on the divorce. A marriage is dissolved as of the day when a notary has drawn up a divorce certificate*” en [http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/The\\_Civil\\_Law.doc](http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/The_Civil_Law.doc).

<sup>38</sup> El notario recabará un “informe de investigación social” para verificar que el acuerdo de los cónyuges respecto al ejercicio común de la patria potestad o el relativo a la fijación del domicilio de los hijos es beneficioso para estos, pues, en caso contrario, no podrá disolver el matrimonio y quedará abierta la vía judicial.

<sup>39</sup> E.M<sup>a</sup>. RODRÍGUEZ DÍAZ, “El divorcio notarial...”, *loc.cit.*, pp. 87-88.

<sup>40</sup> <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013016/consolide>.

<sup>41</sup> <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/504022014001/consolide>.

<sup>42</sup> “*The state registration of the dissolution of the marriage shall be effected by the registry offices in conformity with the procedure established for the state registration of civil status acts*” en <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>.

<sup>43</sup> “*In case there is mutual consent to the dissolution of the marriage on the part of both spouses who have no underaged child, the marriage shall be dissolved at registry offices*” en <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>.

<sup>44</sup> “*Dissolution of the marriage upon an application of one of the spouses, regardless of whether the spouses have or have not common underaged children, shall be effected at registry offices, if the other spouse: is recognized by a court as missing; is*

las cuestiones que afectan al régimen económico del matrimonio o pensión compensatoria, que deberán de resolverse vía judicial<sup>45</sup>.

**21.** El art. 105 del *Family Code* de Ucrania prevé la disolución del matrimonio ante autoridad registral mediante la solicitud conjunta de los cónyuges si no existen hijos menores (art. 106), o a petición de uno de ellos, pero solo en determinados supuestos (art. 107<sup>46</sup>). El matrimonio se disuelve con independencia de las disputas de propiedad que pudieran existir entre los cónyuges (arts. 106.3º y 107.3º).

**22.** El divorcio ante la autoridad registral es admitido igualmente en los arts. 35 y 36 del *Family Code* de Moldavia<sup>47</sup>, siempre que exista acuerdo entre los cónyuges y no tengan hijos menores o adoptados (art. 36.1<sup>48</sup>). No obstante, también puede disolverse a solicitud de uno de los cónyuges en las circunstancias que el art. 36.2º establece. Si existe acuerdo entre ellos en cuanto a la división de la propiedad común del patrimonio, la manutención, educación y domicilio de los hijos menores comunes o la manutención de uno de los cónyuges, el matrimonio se podrá disolver ante dicha autoridad.

**23.** En este mismo sentido se pronuncia el art. 9 del *Family Code* de Armenia, un país transcontinental, donde el matrimonio es disuelto por el *Civic Status Registration Departments*, según el procedimiento establecido (arts. 9 y 14)<sup>49</sup>, siempre que haya consentimiento mutuo de los cónyuges, o a instancia de una de las partes *ex art.* 15.2<sup>50</sup>. Las disputas sobre las propiedades comunes de los cónyuges, así como sobre los hijos son resueltas vía judicial (art. 15.3º)<sup>51</sup>.

#### c) Europa occidental y meridional

**24.** La Ley 61/2008, de 31 de octubre, “*Altera o regime jurídico do divórcio*”, consolidó el divorcio de mutuo acuerdo ante el Encargado del Registro Civil (*Conservatória do Registo Civil*) en Portugal<sup>52</sup>. Para ello, se exige el acuerdo de los esposos sobre las consecuencias de la ruptura, incluso sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales cuando existan hijos menores (art. 175 Código civil<sup>53</sup>). El encargado del Registro Civil convocará a los cónyuges a una comparecencia para verificar el cumplimiento de los

---

*recognized by a court as legally incapable; is sentenced to imprisonment for committing a crime for a term of over three years.*  
3. *Dissolution of the marriage and the issue of the certificate on the dissolution of the marriage shall be effected by the registry office upon the expiry of one month from the date of filing an application on the dissolution of the marriage”.*

<sup>45</sup> “*Disputes about dividing the spouses common property, about the payment of the means for the maintenance of a disabled needy spouse, and also disputes about children arising between the spouses, one of whom is recognized by the court as legally incapable or is sentenced for committing a crime to imprisonment for a term of over three years (Item 2, Article 19 of the present Code), shall be considered in court, apart from dissolution of the marriage at registry offices”.*

<sup>46</sup> “1. *The public civil status act registration authority dissolves the marriage upon application lodged by one of spouses if the other of spouses: 1) has been found missing, 2) has been found legally incapable, 3) has been sentenced to at least three years of jail for committing a crime” en [http://jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY\\_CODE\\_OF\\_UKRAINE.pdf](http://jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY_CODE_OF_UKRAINE.pdf).*

<sup>47</sup> <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=286119>.

<sup>48</sup> “*In baza acordului comun al sotilor care nu au copii minori comuni sau infiatii de ambii soti, in cazurile cind intre acestia un exista litigii referitoare la partaj sau la intretinerea sotului inapt de munca, casatoria poate fi desfacuta de catre oficiul de stare civila in a carui raza teritoriala se afla domiciliul unuia dintre soti, cuparticiparea obligatorie a ambilor soti”.*

<sup>49</sup> [http://www.parliament.am/law\\_docs/081204HO123eng.pdf](http://www.parliament.am/law_docs/081204HO123eng.pdf)

<sup>50</sup> “*On the basis of the application from one of the spouses the divorce is realized in the Civic Status Registration Department if the second spouse: a) is recognized missing by court; b) is recognized incapable by court; c) is convicted to imprisonment for the period of no less than 3 years”.*

<sup>51</sup> “*The disputes on the share of the common property of the spouses, on meeting the living expenses of an incapable vulnerable spouse, as well as the disputes on children are considered by judicial procedure irrespective of the marriage cancellation in the Registration Department in accordance with the procedure established by Article 17 of the given Code”.*

<sup>52</sup> [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1028&tabela=leis&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1028&tabela=leis&so_miolo).

<sup>53</sup> “1 - *O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo. 2. Os cônjuges não têm de revelar a causa do divórcio, mas devem acordar sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família. 3. Os cônjuges devem acordar ainda sobre o regime que vigorará, no período da pendência do processo, quanto à prestação de alimentos, ao exercício do poder paternal e à utilização da casa de morada de família” en [https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo\\_civil\\_atualizado\\_ate\\_a\\_lei\\_59\\_99\\_.pdf](https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_59_99_.pdf)*

requisitos legales y acuerdos e invitará a las partes a modificarlos si, a su juicio, vulneran los intereses de alguna de los cónyuges o de los hijos. De estimarlos conformes, decretará el divorcio, que será inscrito y tendrá los mismos efectos que el divorcio judicial (art. 1.776.2º Código civil). En caso contrario, remitirá el asunto a los tribunales para su examen, si estima que lesionan los citados intereses (art. 1.778 Código civil). Cuando existan hijos menores, el Encargado del Registro Civil deberá remitir los acuerdos al Ministerio Fiscal del Tribunal de Primera Instancia competente para que informe en el plazo de treinta días. Si este no los estima beneficiosos para los intereses de los menores, las partes pueden modificarlos. En caso contrario, el divorcio se remitirá de oficio al Tribunal al que pertenezca la Conservaduría (art. 1.778 Código civil). Dicha norma fue implementada años más tarde por el *Decreto-Ley* nº 272/2001<sup>54</sup> a partir del cual se procedió a transferir ciertas competencias en asuntos familiares a las Oficinas del Registro Civil (la asignación de alimentos a los hijos mayores y al hogar de la familia, la privación y autorización de apodos del cónyuge actual o anterior y la conversión de la separación en divorcio, etc.).

25. En Italia, la *Legge* nº 162, de 10 de noviembre de 2014, de conversión en Ley del *Decreto Legge* nº 132, de 12 de septiembre de 2014, instauró el divorcio administrativo ante el *Ufficiale dello Stato Civile*, con asistencia de abogado para los matrimonios sin hijos y sin patrimonio común que estén de acuerdo en divorciarse<sup>55</sup>.

26. En España, desde 2015, según lo dispuesto en el art. 87 Código civil, los cónyuges pueden acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública ante notario –territorial<sup>56</sup> e internacionalmente<sup>57</sup>– competente. Ahora bien, para que un notario pueda autorizar una escritura notarial de divorcio deberá existir mutuo acuerdo de los cónyuges y haber transcurrido, al menos, tres meses desde la celebración del matrimonio. No procederá si existen hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores<sup>58</sup>.

Los requisitos para el otorgamiento de escritura pública de divorcio se regirán, cualquiera que sea la ley sustantiva aplicable al mismo, por la ley española (*lex fori regit actum*). En tales casos, resultará obligatorio presentar un acuerdo o “convenio regulador” que canalice de la voluntad de las partes (autonomía de la voluntad material), y en el que conste la voluntad inequívoca de los cónyuges en disolver el matri-

<sup>54</sup> <https://dre.pt/home/-/dre/621556/details/maximized>

<sup>55</sup> “*I coniugi possono concludere, innanzi all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui e' iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3 primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970 n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonche' di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. 2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti. 3. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo non puo' contenere patti di trasferimento patrimoniale. L'atto contenente l'accordo e' compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni di cui al presente comma. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio y di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*” en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/09/12/14G00147/sg>.

<sup>56</sup> Según el art. 54 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (*Gaceta de Madrid* núm. 149, de 29 de mayo de 1862), los cónyuges deberán prestar su consentimiento ante “*el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes*”. No obstante, pueden existir problemas de inadaptación en este ámbito (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcio internacional...”, *loc.cit.*, p. 15). Las disposiciones de la Ley del Notariado no se adaptan a las particularidades que presentan los supuestos heterogéneos, por lo que, de *lege ferenda*, debería procederse a la reforma de dicha normativa, a efectos de evitar los problemas de adaptación que esta plantea en los supuestos internacionales. Al respecto *vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “El tratamiento de la plurinacionalidad en el divorcio no judicial”, *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones*, en M. MOYA ESCUDERO (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 449-453.

<sup>57</sup> Sobre la normativa aplicable y los foros de competencia internacional, *vid.*, N. MARCHAL ESCALONA, “El tratamiento de la plurinacionalidad...”, *loc.cit. en op.cit.*, pp. 456-457.

<sup>58</sup> Es exigible, en todo caso, que los hijos mayores o menores emancipados otorguen su consentimiento ante el notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar (arts. 82 y 87 Código civil).

monio, así como de los efectos derivados del divorcio (*ex art. 90 Código civil*)<sup>59</sup>. Ahora bien, no hay que olvidar que España en este ámbito coexisten distintos ordenamientos jurídicos<sup>60</sup>. Algunos Derechos civiles autonómicos han desarrollado una regulación específica, en particular, sobre el carácter y contenido del convenio regulador (*ad ex. Aragón*<sup>61</sup>, Cataluña<sup>62</sup>, País Vasco<sup>63</sup>, Navarra<sup>64</sup>). La existencia de esta multiplicidad de regulaciones en España convierte en necesaria la articulación de estos diferentes Derechos. Esto es, resulta preciso determinar cuál es el derecho (común o autonómico) que resulta aplicable. En los conflictos de leyes internacionales resulta de aplicación uno u otro derecho, según lo dispuesto en el art. 36 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (en adelante Reglamento Roma III<sup>65</sup>);<sup>66</sup> mientras que en los conflictos de leyes internos el art. 16 de dicho Texto normativo, dispone que los Estados miembros “*no tienen obligación alguna de aplicar el Reglamento a tales conflictos*”. No obliga, pero puede serlo, si así se decide. El legislador español ha optado por solucionar este problema desactivando la cláusula de exclusión de la normativa internacional vía indirecta al incorporar por referencia en el art. 107.2° Código civil las normas de la Unión Europea de Derecho internacional privado –en adelante DIPr.–. De esta manera, el legislador español, siguiendo a J. Pérez Milla, desactiva de forma implícita dicha cláusula de exclusión prevista en el Reglamento Roma III<sup>67</sup>. Dicha desactivación no es expresa, sino que es consecuencia directa del modelo de solución adoptado para resolver los conflictos de leyes internos (art. 16 Código civil) que remite a las soluciones del DIPr. (art. 107.2° Código civil). De esta manera, si para la solución de los conflictos internos en materia de disolución del matrimonio el art. 16 Código civil ordena la aplicación del art. 107.2°, y este remite, tras su modificación, al Reglamento Roma III, hay que entender que implícitamente se extiende el ámbito de aplicación del Reglamento a los conflictos internos.

El notario tiene la obligación de fiscalizar la legalidad del convenio regulador. De hecho, si alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, deberá advertirlo a los otorgantes y se dará por terminado el expediente. Es decir, si el notario considera que el convenio es lesivo no podrá otorgar escritura pública de divorcio. En tal caso, deberá iniciarse el correspondiente proceso judicial. El control de lesividad establecido en este precepto atribuye al notario un cometido ajeno a la función notarial, puesto que va más allá del control de legalidad y le insta a ponderar la existencia de equidad. Se entiende

<sup>59</sup> En dicho convenio regulador se deben abordar, en su caso, aspectos tales como: la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso, la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio, y la pensión por desequilibrio que procede satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges (art. 90 Código civil).

<sup>60</sup> Sobre esta cuestión vid., A. FONT I SEGURA, “La aplicación de instrumentos internacionales para regular el divorcio interregional” en Jornadas sobre Derecho, inmigración y empresa, (Coord. S. Ripol Carulla), Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 385-406.

<sup>61</sup> Art. 77 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (*BOA* núm. 63, de 29 de marzo de 2011).

<sup>62</sup> Art. 233.2° de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (*DOG* núm. 5686, de 5 agosto 8 de 2010).

<sup>63</sup> El art. 5 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (*BOPV* núm. 129, de 10 de julio de 2015).

<sup>64</sup> En Navarra, la crisis matrimonial o de pareja no está regulada expresamente en el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra –*BOE* núm. 57, de 7 de marzo de 1973–). No obstante, a partir del 16 de octubre de 2019, entró en vigor la nueva redacción y en parte nueva numeración de las Leyes dadas por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo que regula los efectos respecto a los hijos de las situaciones de crisis matrimonial o de pareja (*BON* núm. 74 de 16 de abril de 2019). Igual sucede en Valencia con la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (*DOGV* núm. 6495, de 5 de abril 4 de 2011).

<sup>65</sup> *DOUE* L 343 de 29 de diciembre de 2010, p. 10.

<sup>66</sup> “*Los Estados miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre esos sistemas jurídicos o conjuntos de normas*”.

<sup>67</sup> *Id.*, “El espacio del Derecho interregional tras los Reglamentos sobre obligaciones de alimentos y separación y divorcio”, *RDC*, XXIV, 2018-, pp. 43-45.

que, para apreciar el carácter dañoso o gravemente perjudicial de un convenio, debe primar el principio de mínima intervención, para evitar generar un conflicto donde las partes han alcanzado un acuerdo, y debe atenderse a aspectos objetivos referidos a la estructura del acuerdo para concretar si existe (o no) lesividad<sup>68</sup>. Con todo, lo que, a nuestro juicio, resulta criticable es que, si alguno de tales acuerdos es lesivo, según lo expuesto, no pueda modificarse, como así se admite en otros ordenamientos jurídicos, y deba iniciarse el correspondiente proceso judicial.

Según el derecho español, los cónyuges deben intervenir en el otorgamiento de dicha escritura “*de modo personal*” (art. 82 Código civil). No se trata, a diferencia de lo que sucede en Derecho comparado, de un acto susceptible de delegación. Han de acudir los dos cónyuges, a la vez, a firmar la escritura. La prestación personal del consentimiento al divorcio ante el notario constituye, pues, un requisito imprescindible<sup>69</sup> que, a nuestro juicio, resulta criticable. Sería deseable, como así sucede en otros sistemas jurídicos, la posibilidad de que estos pudieran delegar o nombrar un representante a tales efectos.

También resulta preceptiva la asistencia de los cónyuges en el otorgamiento de la escritura pública por Letrado en ejercicio (arts. 82 y 87 Código civil). Una exigencia que ha sido duramente criticada, puesto que dicha intervención obedece normalmente a la necesidad de contar con un asesoramiento especializado<sup>70</sup>. No obstante, este decae en el ámbito notarial, por lo que, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la LJV (agilizar y abaratar los expedientes), lo lógico hubiese sido que no se hubiera impuesto dicha exigencia de forma preceptiva, sino que su intervención debería de haber contemplado de forma facultativa. No obstante, los intereses corporativos han determinado que, frente a la redacción inicial del Proyecto que no lo exigía, finalmente se imponga la asistencia letrada, por lo que habitualmente será el o los abogados de las partes a los que les corresponderá redactar el convenio, facilitárselo al notario y comparecer al otorgamiento de la escritura<sup>71</sup>.

**27.** En Francia se admite el “divorcio privado”, aprobado por la Ley nº 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de *modernisation de la justice du XXIe siècle*, que modificó el Código civil francés. A tenor de dicha Ley, el divorcio en Francia ha pasado a ser un asunto privado, basado en el acuerdo al que llegan los cónyuges<sup>72</sup>. No interviene autoridad pública alguna en su concesión. La autoridad notarial lo hace, pero el papel que este asume es mínimo<sup>73</sup>. Se trata, por tanto, de un divorcio “desjudicializado” y “contractualizado”, cuya regulación legal no contempla norma alguna sobre la competencia territorial –ni interna ni internacional– convirtiéndolo en un “divorcio sin foro”. Resulta factible obtenerlo, aunque no exista vinculación alguna con el territorio francés<sup>74</sup>. El Derecho francés admite este divorcio incluso en presencia de hijos menores, pero, aunque parezca contradictorio, concede a los hijos el «poder» de reconducir el divorcio de sus padres hacia un divorcio judicial<sup>75</sup>. La Circular dictada por el Ministerio

<sup>68</sup> <http://www.elnotario.es/409-hemeroteca/revistas/revista-67/6646-el-convenio-regulador-en-la-separacion-y-divorcio-notariales-naturaleza-contenido-y-limites>.

<sup>69</sup> Así, lo establece la Resolución-Consulta DGRN de 7 de junio de 2016, en la que dispone que: “[...] *Aunque no haya sido modificado el artículo 55 del Código Civil, y pudiera entenderse extensible su criterio a la escritura de divorcio, es meridianamente claro el artículo 82 inciso segundo del primer párrafo ... establece, en relación a la separación personal de los cónyuges, que estos deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el secretario judicial o el notario ... Por identidad de razón y a pesar de resultar agravado el criterio de exclusión de la representación en relación al matrimonio, incluso como nuntius, ha de considerarse necesaria la intervención personal y simultánea de los cónyuges, también en caso de divorcio, como requisito exigido por la ley del foro*” en <http://www.iurisprudente.com/2015/09/algunas-ideas-iniciales-sobre-el.html>.

<sup>70</sup> <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/5388-la-separacion-y-divorcio-notarial>.

<sup>71</sup> <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/5388-la-separacion-y-divorcio-notarial>.

<sup>72</sup> C. BLANCHARD, “La fonction du notaire...”, *loc.cit.*, p. 1002.

<sup>73</sup> M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez...”, *loc.cit.*, pp. 5-52.

<sup>74</sup> Un amplio sector de la doctrina francesa ha mostrado su perplejidad por esta reforma. Se ha llegado a cuestionar si el legislador ha querido convertir Francia en una especie de «Las Vegas del divorcio» (N. BALLON-WIRTZ, “La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel. Libres propos”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, nº 23, 2016, pp. 643 ss. 13; A. BOICHÉ, “Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen. La France, ¿nouveau Las Vegas du divorce?”, *AJ Famille*, 2017, p. 57; V. AVENA-ROBARDET, “La Justice dans tous ses états”, *AJ Famille*, 2018, p. 3).

<sup>75</sup> El art. 229-2 1.º) del Código civil francés establece que: “cuando el menor, que ha sido informado por sus progenitores de su derecho a ser oído por el juez, solicite tal audición, se abre la vía judicial y no se permite continuar con la tramitación

de Justicia de 26 de enero de 2017<sup>76</sup> contempla las fases de la elaboración del acuerdo, el periodo de reflexión, la firma del acuerdo y su transmisión al notario<sup>77</sup>.

### C) Asia y África

28. En Asia, tanto China como Kirguistán y Japón admiten el divorcio extrajudicial. En China, el art. 31 de la *Marriage Law People's Republic of China* contempla el divorcio ante el Encargado del Registro civil<sup>78</sup>, como así sucede también en Kirguistán (art. 18 del *Family Code República Kirguisa*<sup>79</sup>).

El Derecho civil japonés admite el divorcio de mutuo acuerdo (*kyogi rikon*) en los arts. 763 a 771. El divorcio consensual de carácter administrativo se basa en el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges<sup>80</sup>. Si ambas partes están de acuerdo con las condiciones de divorcio (reparto de bienes y patria potestad de los hijos), con solo llenar un formulario (*rikon todoke*) firmado por ambos cónyuges y otros dos testigos, el matrimonio queda disuelto ante el oficial del Registro Familiar, cuya oficina está en el Ayuntamiento de la localidad donde hayan contraído matrimonio<sup>81</sup>.

Mención especial merecen aquellos Estados en los que tribunales religiosos (Jordania<sup>82</sup> e Israel), *Sharia Courts* (Siria<sup>83</sup>, Malasia<sup>84</sup> Israel<sup>85</sup>, península del Sinaí<sup>86</sup>, Líbano<sup>87</sup>, Emiratos Árabes<sup>88</sup>, Singapur<sup>89</sup>,

---

*privada del divorcio*). La doctrina ha criticado este «poder» que se concede al menor por las consecuencias nefastas que puede tener sobre el mismo desde un punto de vista afectivo o psicológico, descargando sobre él la responsabilidad de que el divorcio de sus padres sea judicial o convencional, asociándolo a una decisión que, en realidad, no le concierne, sacrificando la protección de su interés superior por otras consideraciones (M. Pereña Vicente, “El divorcio sin juez ....”, *loc.cit.*, pp. 24-25).

<sup>76</sup> *Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale (BOMJ n° 2, 2017-06, du 30 juin 2017).*

<sup>77</sup> El acuerdo de divorcio corresponde hacerlo a los cónyuges, asistido cada uno por su abogado. No obstante, debe contener las menciones que el art. 229-3 del Código civil establece, entre ellas, la de que los hijos han sido informados de su derecho a ser oídos por el juez y que no desean hacer uso de esta facultad, debiendo aportarse para ello el formulario aprobado al efecto por la *Arrêté* de 28 de diciembre de 2016 (<https://www.lexbase.fr/texte-de-loi/arrete-du-28-decembre-2016-fixant-le-modele-de-l-information-delivree-aux-enfants-mineurs-capables-d/L0120LCG.html>). Además, debe mencionarse el nombre del notario que va a protocolizarla. Una vez redactado el acuerdo de divorcio, este debe ser comunicado por correo certificado con acuse de recepción a cada cónyuge por su abogado y, según el art. 229-4 del Código civil, se abre un periodo de reflexión de 15 días desde la recepción, durante el cual no se puede firmar, bajo sanción de nulidad. Transcurrido el plazo de reflexión el acuerdo puede ser firmado y, como confirma la Circular, los abogados deben asegurarse de la firma personal de cada cónyuge. Así, el acuerdo quedará establecido por «acto de abogado», firmado por las partes y refrendado por los abogados, con lo que atestan el consentimiento libre y consciente (*éclairé*) de su cliente. La firma de los cónyuges y de los abogados debe hacerse en un solo acto. Una vez firmado en tres ejemplares, se envía al notario que debe proceder a su protocolización en un plazo máximo de 7 días (M. Pereña Vicente, “El divorcio sin juez ....”, *loc.cit.*, pp. 36-38).

<sup>78</sup> “*Divorce shall be granted if husband and wife both desire it. Both parties shall apply to the marriage registration office for divorce. The marriage registration office, after clearly establishing that divorce is desired by both parties and that appropriate arrangements have been made for the care of any children and the disposition of property, shall issue the divorce certificates*” en <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/marriage-law-of-the-peoples-republic-of-china-amended>. Para un análisis de la normativa China, *vid.* J.E. BORAO MATEO, “Legislación sobre matrimonio y familia en la República Popular China (RPC)– I”, Encuentros en Catay, Universidad Fujen, n° 27, pp. 46-87 en <http://homepage.ntu.edu.tw/~borao/2Profesores/Encuentros%20en%20Catay%201.pdf>.

<sup>79</sup> El matrimonio puede ser disuelto por el Encargado del Registro de actos del Estado Civil, salvo en los casos en los que hay menores de edad (art. 21), en cuyo caso, se disolverá por orden judicial en <https://www.legislationline.org/documents/id/4950>.

<sup>80</sup> <https://www.ideamatsu.com/matrimonio-divorcio/500-1-1.htm>.

<sup>81</sup> E.M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, “El divorcio notarial...”, *loc.cit.*, pp. 76-77.

<sup>82</sup> [https://es.qaz.wiki/wiki/Law\\_of\\_Jordan](https://es.qaz.wiki/wiki/Law_of_Jordan).

<sup>83</sup> <https://www.al-monitor.com/pulse/originals/2016/02/syria-extremist-factions-sharia-courts-aleppo-idlib.html>.

<sup>84</sup> <https://www.state.gov/report/custom/19d47607c9/>.

<sup>85</sup> [https://www.gov.il/en/departments/about/about\\_shariae](https://www.gov.il/en/departments/about/about_shariae).

<sup>86</sup> <https://foreignpolicy.com/2013/09/20/sharia-courts-of-the-sinai/>.

<sup>87</sup> [https://www.familysearch.org/wiki/en/index.php?title=Lebanon\\_Sharia\\_Court\\_Records&mobileaction=toggle\\_view\\_mobile](https://www.familysearch.org/wiki/en/index.php?title=Lebanon_Sharia_Court_Records&mobileaction=toggle_view_mobile).

<sup>88</sup> [https://www.international-divorce.com/uae\\_divorce.htm](https://www.international-divorce.com/uae_divorce.htm).

<sup>89</sup> <https://irblaw.com.sg/learning-centre/syariah-divorce-singapore-an-overview/>.

Pakistán<sup>90</sup>, Nigeria<sup>91</sup>, Etiopía<sup>92</sup> y Somalia<sup>93</sup>) o los *Tribunales de Kadhi* (Kenia<sup>94</sup>, Tanzania<sup>95</sup>, Uganda y Gambia) tienen competencia para disolver un matrimonio, según la *Sharia*. Tales divorcios pueden plantear problemas de reconocimiento, como así se evidenció en los hechos que dieron lugar tanto al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJCE) de 12 de mayo de 2016 (As. C-281/15: *Sahyouni c. Mamisch*<sup>96</sup>) como a la Sentencia dictada por el mismo Tribunal el 20 de diciembre de 2017 (As. C-372/16: *Sahyouni II*<sup>97</sup>). En tales decisiones el TJCE tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas a raíz de la solicitud de reconocimiento en Alemania de una resolución de divorcio otorgada por un tribunal religioso sirio.

### 3. Conclusiones

**29.** El análisis que se ha llevado a cabo de Derecho comparado nos permite concluir que la diversidad es la nota dominante incluso en países que pertenecen a la misma área geográfica. No solo son diferentes las autoridades a las que los Estados confían competencias o facultades para disolver el matrimonio (notarios<sup>98</sup>, Encargados del Registro Civil<sup>99</sup>, alcaldes u otras autoridades públicas<sup>100</sup>), sino que también son diversas las funciones que estas autoridades pueden desempeñar. Así, por ejemplo, hay Estados en los que tales autoridades además de disolver el matrimonio pueden pronunciarse sobre otras cuestiones accesorias al matrimonio (liquidación del régimen matrimonial, guarda y custodia de los hijos, atribución de la vivienda familiar, etc.); mientras que otros condicionan o limitan la actuación de tales autoridades en este ámbito. Así, hay sistemas jurídicos que impiden acceder al divorcio extrajudicial si existen menores de edad (España, México, Brasil, Ecuador, Bolivia, Nicaragua y Rusia); mientras que otros lo admiten (Colombia, Cuba, Rumanía, Portugal, Italia, Dinamarca, Noruega). De igual manera, hay países que limitan el acceso a este tipo de divorcios si no se ha liquidado previamente el régimen

<sup>90</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Federal\\_Shariat\\_Court](https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Shariat_Court).

<sup>91</sup> <https://www.qeh.ox.ac.uk/sites/www.odid.ox.ac.uk/files/Sharia%20-%20POLICY%20BRIEF%20ONE%20Final%20>.

<sup>92</sup> M. ABDO, "Legal Pluralism, Sharia Courts, and Constitutional Issues", en <https://68769-article%20text-143258-1-10-20110815.pdf>.

<sup>93</sup> A. IBRAHIM, "The Shari'a Courts of Mogadishu: Beyond "African Islam" and "Islamic Law", en [https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3584&context=gc\\_etds](https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3584&context=gc_etds).

<sup>94</sup> <https://www.klrc.go.ke/index.php/constitution-of-kenya/136-chapter-ten-judiciary/part-3-subordinate-courts/339-170-kadhis-courts>.

<sup>95</sup> <http://www.commonlii.org/ke/other/KECKRC/2002/11.html>.

<sup>96</sup> *Rec.* 2016, p. 1. Dicho Auto se pronunció sobre distintas cuestiones prejudiciales planteadas a raíz de la solicitud de reconocimiento en Alemania de una resolución de divorcio de un tribunal religioso sirio. En concreto, se le planteó si el Reglamento Roma III resultaba aplicable para reconocer dicho divorcio. El TJCE se declaró incompetente para pronunciarse sobre el tema. Para ello, argumentó que el asunto no planteaba un problema de ley aplicable, sino de reconocimiento de una resolución procedente de un tercer Estado, para lo que no existe una regulación europea aplicable. La doctrina criticó que dicho Tribunal no se esforzara en entender lo que el tribunal remitente había planteado (C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: Asunto C-281/15: Soha Sahyouni y Raja Mamisch", *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 629-634; M.A. GARCÍA SELLENS, C. ZIMMER, "Reconocimiento y divorcios privados- Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, Sahyouni c. Mamisch", *Bitácora Millenium DIPr.*, nº 4, 2016, pp. 1-12). Dicho Tribunal dejó abierta la posibilidad de plantear una nueva cuestión prejudicial.

<sup>97</sup> *Rec.* 2017, p. 1. Dicha Sentencia es la respuesta que el TJCE dio a las cuestiones prejudiciales que fueron nuevamente planteadas por el *Oberlandesgericht* de Múnich ante el rechazo de dicho Tribunal a resolver si el Reglamento Roma III era aplicable (o no) al reconocimiento de un divorcio privado. Sobre la misma, *vid.* P. DIAGO DIAGO, "Inclusión de los divorcios privados en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-372/16: Sahyouni", *La Ley Unión Europea*, nº 58, 2018, pp. 1-11; M.A. GARCÍA SELLENS/ C. ZIMMER, "Los divorcios privados y el Reglamento Roma III – Reflexiones a la luz de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, Sahyouni c. Mamisch", *Bitácora Millenium. DIPr.*, 2018, pp. 1-12.

<sup>98</sup> Así ocurre, por ejemplo, en derecho español, así como en la mayor parte de los sistemas iberoamericanos (L.B. PÉREZ GALLARDO, "Un «fantasma» ...", *loc.cit.*, pp. 1-43), en Letonia, Estonia y Rumania.

<sup>99</sup> Este sería el caso de China, México, Rusia, Rumania, Japón, Portugal, Italia, Letonia y Estonia.

<sup>100</sup> Así, por ejemplo, mientras que la Oficina del Gobernador del Condado se encarga de los trámites del divorcio en Noruega, en Dinamarca lo hace el Ministerio de Justicia (E.M<sup>a</sup>. RODRÍGUEZ DÍAZ, "El divorcio notarial...", *loc.cit.*, p. 77).

económico del matrimonio (México) o tiene bienes compartidos (Letonia, Estonia, Bolivia, Nicaragua y Perú). En otros sistemas, limitan la actuación de las autoridades extrajudiciales en este ámbito al otorgarle competencia solo para disolver el matrimonio (Rusia, Ucrania y Armenia) teniendo las partes que acudir a la vía judicial para concretar las cuestiones accesorias al matrimonio (alimentos, menores, etc.).

**30.** Las diferencias en Derecho comparado se observan igualmente tanto en los prepuestos sustantivos (temporalidad<sup>101</sup>, existencia o no de hijos menores<sup>102</sup>, bienes en común o no del matrimonio, plazo de reflexión, ratificación) como procedimentales (asistencia de letrado<sup>103</sup>, presencia física o delegada de los cónyuges<sup>104</sup>, intervención del Ministerio Fiscal, autoridad competente) que han concurrir para que las autoridades no judiciales puedan autorizar dicho divorcio. Con todo, la mayor parte de los sistemas jurídicos que aceptan este tipo de divorcios exigen unánimemente, salvo excepciones (*ad ex.* Rusia), mutuo acuerdo de los cónyuges, así como la existencia de un convenio o acuerdo regulador de sus relaciones (autonomía de la voluntad material) en el que se plasme la voluntad de los mismos.

### III. Condicionantes de la eficacia del divorcio extrajudicial extranjero en España

**31.** La diversidad existente en Derecho comparado en este ámbito, junto a los diferentes pronunciamientos que puede se pueden obtener tras la disolución extrajudicial del matrimonio (disolución del régimen económico del matrimonio, obligaciones de alimentos, guarda y custodia y derechos de visita), así como la pluralidad de fuentes normativas existente en el sistema jurídico español (institucional, convencional y estatal) complica, sobremanera, saber cómo se reconoce en España un divorcio extrajudicial obtenido en el extranjero. Y, en particular, porque el concepto de “resolución judicial” que tales normas contemplan a efectos de su aplicación divergen de una norma a otra, lo que resulta fundamental para saber si las decisiones extranjeras en las que constan tales divorcios deben de ser reconocidas en España como “resoluciones judiciales” o como “documentos públicos”.

No obstante, podemos anticipar que el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de un divorcio extrajudicial extranjero dependerá principalmente del tipo de divorcio que se haya obtenido. Esto es, si este ha sido otorgado por una autoridad extrajudicial extranjera (notarial, registral o administrativa) que ha intervenido desempeñando una función constitutiva, o se trata de un mero “divorcio privado” en el que no ha intervenido autoridad o su función ha sido meramente recepticia de la voluntad de los cónyuges. Como tendremos ocasión de analizar, existen mayores problemas para reconocer en España los “divorcios privados” obtenidos en el extranjero, en particular, los que proceden de autoridades religiosas, aunque posteriormente sean visados por autoridad pública.

**32.** Por su parte, saber cuál es el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de un divorcio otorgado por autoridad extrajudicial extranjera en una cuestión tan esencial como compleja, que depende, entre otros factores, del efecto (constitutivo, ejecutivo o probatorio) que se pretenda obtener con su reconocimiento. Asimismo, debe tenerse en cuenta que las autoridades que otorgan este tipo de divorcios pueden tener competencia tanto para disolver el matrimonio como para pronunciarse sobre otras cuestiones accesorias al mismo (alimentos, menores, etc.), lo que complica saber cómo han de reconocerse en nuestro país. Por una parte, porque las partes pueden pretender el reconocimiento global

---

<sup>101</sup> Hay ordenamientos jurídicos en los que debe de haber transcurrido un período mínimo de 3 meses, desde que se celebró el matrimonio, para que se pueda autorizarse un divorcio no judicial (*ad ex.* derecho español), frente a otros que exigen dos años (*ad ex.* derecho brasileño). Aunque hay sistemas jurídicos que no establecen la necesidad de que exista plazo de tiempo alguno (*ad ex.* derecho cubano, colombiano, peruano, nicaragüense y ecuatoriano).

<sup>102</sup> Así pues, mientras que algunos Estados solo admiten el divorcio extrajudicial cuando no hay hijos menores (*ad ex.* España, Perú, Nicaragua, Bolivia, México, y Ecuador), a otros les resulta indiferente (*ad ex.* Cuba, Colombia).

<sup>103</sup> Así, por ejemplo, hay sistemas jurídicos, como el español, brasileño, ecuatoriano y colombiano, donde la asistencia de letrado es preceptiva; mientras que en otros no lo es (*ad ex.* derecho cubano, peruano y nicaragüense).

<sup>104</sup> Hay sistemas jurídicos, como así sucede en España, que exigen la presencia física de los cónyuges ante la autoridad competente para proceder a disolver el matrimonio, mientras que en otros no se requiere o permite la delegación.

de todos los pronunciamientos de la decisión extranjera (de la disolución del vínculo y de las cuestiones accesorias al mismo), o también cabe la posibilidad de un reconocimiento parcial, es decir, solo de algunos de los pronunciamientos contenidos en ella, siempre que ello resulte factible. Y, por otra, por la pluralidad de fuentes normativas (institucional, convencional y estatales) que en Derecho español existe en estas materias (alimentos, menores, etc.) y, sobre todo, por la diversidad con la que tales normas definen conceptos claves para su aplicación, como así sucede con el término “resolución judicial”. Tal concepto diverge según la norma aplicable, aunque hay una tendencia generalizada, sobre todo, en la normativa institucional, a relacionar y unificar, como veremos, dicho concepto con la noción de “órgano jurisdiccional”. La identificación de si dicha autoridad actúa (o no) como “órgano jurisdiccional” es relevante para saber si el acto por el que se disuelve el matrimonio debe ser reconocido en España como una “resolución judicial” o como un “documento público”. A ello hay que unir, que las cuestiones accesorias al mismo y, en particular, las relativas a la liquidación del régimen económico del matrimonio pueden constar formalmente en documentos diferentes, como así sucede en aquellos Estados que exigen que dicha liquidación tenga lugar de forma previa para acceder a este tipo de divorcios.

**33.** Con todo, lo que determina el régimen jurídico aplicable al reconocimiento, de tales divorcios y, en concreto, si son reconocidos como “resoluciones judiciales” o “documentos públicos” extranjeros, es la función que desempeña la autoridad que lo autoriza cuando lo pronuncia. Y, en concreto, si esta es (o no) equivalente a la que realizan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven el vínculo matrimonial. La identificación de la normativa aplicable no depende, pues, de la autoridad que interviene en el divorcio, sino de la “función jurisdiccional” que pueden ejercer tales autoridades externas a la estructura judicial, pero que, sin embargo, ejercen funciones jurisdiccionales por atribución legal. Tal exigencia requiere determinar hasta qué punto tales decisiones son equivalentes a las resoluciones judiciales sobre la materia.

A continuación, procederemos a analizar el régimen de reconocimiento de tales divorcios en nuestro país, así como de las cuestiones accesorias que pueden derivarse del mismo.

#### **IV. Efecto constitutivo del divorcio otorgado en el extranjero**

##### **1. Régimen de reconocimiento en España del divorcio otorgado por autoridad extrajudicial extranjera**

**34.** Saber cómo se reconoce en España una decisión de divorcio otorgada por autoridad extrajudicial extranjera, así como los aspectos que deben de controlarse de la misma y la vía de atribución de eficacia (*execuátur* vs. reconocimiento automático) depende de dos factores, a saber: por una parte, de la norma aplicable a su reconocimiento y, por otra, del efecto pretendido. No siempre es necesario la tramitación de un procedimiento de *execuátur* para que un divorcio pronunciado u otorgado por autoridad no judicial extranjera despliegue efectos en nuestro país. Es posible que el mismo sea utilizado en España con valor simplemente probatorio, en cuyo caso será tratado como un simple documento público, exigiéndosele sin más el cumplimiento de los requisitos a los que los arts. 144 y 323.2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC<sup>105</sup>) condiciona la eficacia probatoria en juicio de los documentos públicos extranjeros (en concreto, traducción –que, de conformidad con el art. 144 LEC “*podrá ser hecha privadamente*”– y legalización, siempre que ello sea preciso).

**35.** En el Derecho español vigente, la pluralidad de fuentes institucionales, convencionales y estatales existentes convierte a la identificación del régimen de reconocimiento de la decisión de divorcio extrajudicial extranjero en una cuestión tan esencial como compleja.

<sup>105</sup> BOE de 8 de enero de 2000.

En el espacio judicial europeo cabe destacar al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (en adelante RBr II bis)<sup>106</sup>. Esta norma constituye la pieza clave del reconocimiento de aquellas decisiones de divorcio procedentes de Estados miembros. Cuestión distinta es saber si resulta aplicable (o no) al reconocimiento de este tipo de divorcios. Por su parte, en el ámbito bilateral hallamos también una serie de convenios que serán aplicables, siempre que su ámbito de aplicación (material, espacial y temporal) lo permita, y no hayan sido desplazados por el RBr II bis (art. 59). Y, por último, cabe mencionar el régimen autónomo o estatal, cuya aplicación es residual, y en el que cabe cifrar, a su vez, un nutrido cuerpo normativo, a saber: la Ley 15/2015 de Cooperación jurídico internacional en materia civil (en adelante LCJIMC<sup>107</sup>), la Disposición Adicional Segunda y los arts. 11 y 12 de la LJV, respectivamente.

Concretar cuál es la norma aplicable al reconocimiento de un divorcio extrajudicial dependerá de una serie de factores: del país del que proceda dicho divorcio, de la fecha en la que se otorgó el mismo, así como del efecto que se pretenda obtener con su reconocimiento (constitutivo, probatorio o registral). Pero, fundamentalmente, y como hemos avanzado, lo que determinará el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de tales divorcios en España es si la autoridad extranjera que lo ha otorgado ha ejercido (o no) “función jurisdiccional” alguna. Esto es, si esta es (o no) equivalente a la que desempeñan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven un matrimonio.

## A) Derecho institucional

**36.** Si el divorcio extrajudicial obtenido en el extranjero procede de un Estado miembro del RBr II bis, esto es, de Portugal, Italia, Lituania, Letonia y Rumania, será de aplicación este instrumento normativo para el reconocimiento de tales divorcios en España, al incorporar dicho Reglamento un concepto amplio de “resolución judicial”. Considera como tal tanto las dictadas por autoridades judiciales como por las no judiciales, siempre que sean en las materias reguladas en dicho Reglamento (art. 2.1º)<sup>108</sup>. A tenor de dicha definición, las autoridades españolas deberán aplicar el RB II bis al reconocimiento de tales divorcios en España, pero, por razones obvias, estas deberán de hacerlo con las adaptaciones oportunas al tratarse de un instrumento normativo dedicado principalmente al reconocimiento de las resoluciones judiciales de divorcio.

Así pues, tales divorcios podrán surtir efectos en España a través del reconocimiento automático o *execuátur*. Tanto uno como otro presentan un elemento común: el control que en ambos casos la autoridad competente lleva a cabo las condiciones a las que dicho Reglamento supedita el reconocimiento del divorcio extranjero. En particular, los motivos por los que se podría denegar el reconocimiento de este tipo de divorcios en nuestro país están limitados y son muy concretos y tasados. Solo podría denegarse el reconocimiento de un divorcio extrajudicial extranjero, si ello fuera manifiestamente contrarios al orden público español [art. 22 a) RBr II bis], o si la decisión de divorcio fuere inconciliable con una resolución anterior dictada en España u otro Estado [art. 22 c) y d) RBr II bis]. Ni la regularidad del proceso seguido en el extranjero ni el hecho de que la autoridad extrajudicial extranjera careciera de competencia internacional [art. 24 RBr II bis]) constituirían obstáculo alguno para su reconocimiento. Sería indiferente, pues, tanto la norma de competencia internacional en base a la cual la autoridad no judicial hubiera determinado su competencia como ley aplicada por aquella (arts. 26 y 22 *a sensu contrario* RBr II bis), lo que eleva exponencialmente las posibilidades para que este tipo de divorcios surtan efectos en nuestro país.

<sup>106</sup> DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003, p. 1. Dicho Reglamento será derogado, a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 104), por el Reglamento (UE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE L 178 de 2 de julio de 2019, p. 1).

<sup>107</sup> BOE de 31 de julio de 2015.

<sup>108</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos de DIPR”, *AEDIPr.*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121-162, en esp. pp. 151-152.

## B) Derecho convencional

37. En defecto de norma institucional aplicable, el divorcio otorgado por autoridad extrajudicial extranjera podrá surtir efectos en nuestro país de conformidad a lo establecido en los Tratados y convenios internacionales bilaterales suscritos por España. Tales instrumentos, no obstante, serán de aplicación siempre que así lo permita su ámbito de aplicación material e incorpore un concepto amplio de “resolución judicial”. Este debe comprender no solo a las decisiones dictadas por autoridades judiciales, sino también a las no judiciales<sup>109</sup>.

A la luz de lo cual, cabe concluir la escasa o nula operatividad práctica de los convenios bilaterales que España tiene suscritos con aquellos países que admiten este tipo de divorcio. En unos casos, porque aquellos han sido desplazados en su aplicación por el RBr II bis, como así sucede con el convenio hispano-italiano<sup>110</sup>, en otros, porque el divorcio constituye una materia expresamente excluida de su ámbito de aplicación, como así sucede con el convenio hispano-brasileño<sup>111</sup>, el convenio hispano-rumano<sup>112</sup> o el hispano-mexicano<sup>113</sup>. Mientras que en otros supuestos, su exclusión se debe a que tales normas solo contemplan el reconocimiento de “resoluciones judiciales” extranjeras, como así ocurre con el convenio hispano-colombiano (art. 1)<sup>114</sup>, el convenio hispano-chino<sup>115</sup>, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe únicamente al de las sentencias o fallos de tribunales de justicia (art. 2.3º), o el Convenio hispano ruso<sup>116</sup>, como así ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en la Resolución dictada el 14 de mayo de 2001, sobre inscripción de divorcio ante el Encargado del Registro Civil promovido en Rusia<sup>117</sup>.

## C) Derecho autónomo

38. En defecto de normativa internacional aplicable, el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de una decisión de divorcio otorgada por autoridad extrajudicial extranjera dependerá de la normativa estatal. El problema reside en que en este ámbito la normativa estatal se caracteriza por una pluralidad normativa. Puede ser de aplicación tanto lo dispuesto en la Disposición adicional tercera o en los arts. 11 o 12 de la LJV, en la LCJIMC (art. 41.2º) como en los arts. 323 y 144 de la LEC. Saber cuándo resulta aplicable una u otra norma y, por tanto, qué condiciones deberán controlar las autoridades españolas para otorgar eficacia a una decisión de divorcio pronunciada por autoridad extrajudicial extranjera, es una cuestión compleja que depende no solo del tipo de divorcio que se haya obtenido en el extranjero (notarial, registral, etc.) y, por ende, del tipo documento cuyo reconocimiento se pre-

<sup>109</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcio internacional...”, *loc.cit.*, p. 22.

<sup>110</sup> Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973 (BOE de 15 de noviembre de 1977).

<sup>111</sup> Convenio de cooperación jurídica en materia civil, entre el reino de España y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989 (BOE de 10 de julio de 1991. Correc. err., BOE 193, de 13 de agosto de 1991).

<sup>112</sup> Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho «ad referendum» en Bucarest el 17 de noviembre de 1997 (BOE de 5 de junio de 1999).

<sup>113</sup> Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid, el 17 de abril de 1989 (BOE de 9 de abril de 1991. Coorrec. err. BOE de 6 de mayo y 226, de 20 de septiembre de 1991).

<sup>114</sup> Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles de 30 de mayo de 1908 (*Gaceta de Madrid* de 18 de abril de 1909).

<sup>115</sup> El Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 mayo 1992 (BOE de 31 de enero de 1994. Correc. err. BOE de 11 de marzo de 1994).

<sup>116</sup> Convenio entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 octubre 1990 (BOE de 25 de junio de 1997).

<sup>117</sup> La DGRN consideró que: “... [ ] no puede ser aplicable el convenio sobre asistencia judicial citado en los vistos ya que claramente (cfr. art. 17 del convenio) el mismo sólo se refiere al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, por lo que el supuesto contemplado (divorcio por mutuo acuerdo y sin intervención judicial) no puede estar incluido en modo alguno. Por todo ello se hace necesario que dicho acuerdo de divorcio sea declarado conforme con la legislación española por medio del procedimiento legal oportuno y ello porque si es necesario el exequatur tratándose de sentencias y resoluciones judiciales, con mayor razón es necesario este requisito, cuando no ha intervenido tribunal alguno en el proceso de disolución del vínculo matrimonial”.

tenda obtener (escritura notarial, resolución extrajudicial o acto público), sino también del efecto que se pretenda con su reconocimiento (sea registral, constitutivo o probatorio). Pero, fundamentalmente, dependerá, como ya hemos adelantado, de la función que dicha autoridad hubiera desempeñado en su otorgamiento, es decir, si esta es equivalente o no a la que ejercen las autoridades judiciales españolas cuando intervienen en este ámbito. De dicha cuestión dependerá que el divorcio extrajudicial extranjero sea reconocido como “resolución judicial” o como “documento público” extranjero.

**39.** Así pues, en defecto de normativa institucional e internacional, y cuando la autoridad extrajudicial extranjera desempeñe funciones equivalentes a las que, según el Derecho español, corresponden a las autoridades judiciales españolas, resultará de aplicación lo establecido en la LJV (*ex art. 11.3º LJV*<sup>118</sup>) y, en particular, en los arts. 11 y 12.3º LJV que prevalecen sobre la LCJIMC [*ex Disposición adicional primera g) LCJIMC*]<sup>119</sup>. Estas disposiciones regulan, aunque de forma confusa, los efectos legales que pueden desplegar en España los actos de jurisdicción voluntaria cuando la autoridad extrajudicial extranjera desempeñe funciones equivalentes a las que, según el Derecho español, corresponden a las autoridades judiciales españolas. Tales normas serán de aplicación cuando se pretenda la eficacia registral de este tipo de divorcios en España (arts. 11 y 12.3º LJV<sup>120</sup>); mientras que lo dispuesto en la LCJIMC lo será cuando se pretenda la eficacia constitutiva del mismo (art. 41.2º).

Tales normas resultan aplicables para reconocer en España aquellos divorcios otorgados por autoridades extrajudiciales procedentes de Iberoamérica (Colombia, Cuba), países nórdicos (Dinamarca, Noruega), europeos (Moldavia) y asiáticos (China y Japón) en los que tales autoridades están facultadas para desempeñar las mismas funciones que realizan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven un matrimonio. Para que una decisión de divorcio procedente de tales países pueda ser reconocida y ser inscrita en el Registro civil español, es preciso que reúna los requisitos que establece el art. 12.3º LJV –a la que remite el art. 11 LJV–. En primer lugar, esta debe haber sido dictado por autoridad extranjera con competencia para ello [art. 12.3º a) LJV]. Se considera que dicha autoridad será competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Ello sucederá, según la presunción *juris et de jure* que dicho precepto establece, cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas. No obstante, dicho control debe extenderse igualmente a aquellas decisiones que, sin llegar a conculcar competencias exclusivas de nuestros Tribunales, obedecen a un foro de competencia manifiestamente exorbitante. Para determinar dicho carácter, se deberán bilateralizar las normas de competencia directa previstas en el RBr II bis.

En segundo lugar, el reconocimiento de tales divorcios en nuestro país podría ser denegado si hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados. Es evidente que este motivo no será obstáculo para que tales divorcios surtan efectos en España, toda vez que en ellos existe mutuo acuerdo de las partes en divorciarse. No obstante, sí podría denegarse su reconocimiento si ello fuera manifiestamente contrario al orden público español o implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>118</sup> Esta solución se prevé igualmente en el art. 96.3º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (*BOE* de 22 de julio de 2011), norma que resultará de aplicación preferente cuando entre en vigor. Sobre dicho precepto, N. MARCHAL ESCALONA, “El futuro régimen autónomo de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras con acceso al Registro Civil Español”, *La Ley Unión Europea*, nº 4, 2013, pp. 28-43.

<sup>119</sup> De hecho, el Tribunal Supremo ha homologado dediciones sobre divorcio dictados por notarios extranjeros y por autoridades administrativas con competencia para decidir sobre determinadas cuestiones matrimoniales. Al respecto y citando abundante jurisprudencia, *vid. R. ARENAS GARCÍA, Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español, Universidate de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, pp. 352-353.*

<sup>120</sup> La regulación contenida en tales preceptos ha sido objeto de crítica. No queda clara la delimitación existente entre el régimen previsto para los «expedientes y actos de jurisdicción voluntaria», que contempla expresa, pero no únicamente, su acceso a los registros públicos (art. 12 LJV), y el previsto en el art. 11 para las «resoluciones» judiciales. Al respecto, *vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho internacional..., op.cit., p. 410.*

Por el contrario, si lo que se pretende es la eficacia constitutiva de la decisión extranjera en la que conste el divorcio deberá tramitarse el oportuno executur (art. 42 LCJIMC)<sup>121</sup>.

**40.** Ahora bien, si el divorcio es otorgado por una autoridad extrajudicial extranjera, y esta no hubiera desempeñado una función equivalente a la que desempeñan las autoridades judiciales españolas, como así sucede con aquellos procedentes de ciertos países de Iberoamérica (México, Brasil, Ecuador, Nicaragua, Bolivia y Perú), de Europa (Rusia, Moldavia y Ucrania), Asia (Kirguistán) o transcontinentales (Armenia), tales decisiones no podrían ser reconocidas como “resoluciones judiciales”, sino como “documentos públicos” extranjero. El régimen legal de reconocimiento aplicable, así como las condiciones a controlar por las autoridades españolas, dependerán del efecto pretendido. Así pues, si lo que se pretende es su eficacia registral, será de aplicación lo dispuesto en la Disposición adicional tercera de la LJV. Esta norma exige, entre otras condiciones, el control de la competencia de la autoridad que lo hubiera dictado. Atendiendo a esta condición, solo serían reconocidas aquellas decisiones de divorcio otorgadas por autoridades extrajudiciales competentes excluyendo su reconocimiento en caso de competencias exorbitantes. La regla es, en principio, razonable y supone, como ya se ha expuesto, la necesidad de bilateralizar la normativa de competencia a efectos de controlar la de la autoridad de origen. Además, para su reconocimiento, dicha autoridad debe de haber desempeñado funciones equivalentes a las que ejercen las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. El control que este precepto impone en relación con los efectos que ha de cumplir la decisión de divorcio extranjero no responde a parámetros de “identidad absoluta”, sino de “equivalencia”, por lo que, para que dicho reconocimiento se produzca, será suficiente que aquella tenga sustancialmente los mismos efectos, aunque no sean idénticos. Por último, se exige también que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Por el contrario, si el efecto pretendido fuera el constitutivo o el probatorio sería aplicable lo dispuesto en los arts. 323 y 144 LEC que imponen el respeto de las condiciones de validez exigidas por la ley aplicable conforme a nuestro sistema de Derecho internacional privado. No sería posible llevar a cabo un control de la competencia de la autoridad de origen, ni tampoco sería preciso tramitar el correspondiente executur del mismo, como así se estimó en el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante (Secc. 4ª), de 27 de noviembre de 2019, en el que se denegó la tramitación de dicho procedimiento para reconocer en España un acta notarial otorgada en San Francisco de Quito (Ecuador) en la que se disolvía un matrimonio.<sup>122</sup>.

## 2. El régimen de reconocimiento de los “divorcios privados” extranjeros en España

**41.** En este epígrafe analizaremos la eficacia en España de aquellos divorcios que son fruto del mero acuerdo de las partes, como así sucede en Derecho francés o en aquellos otros países que son dictados por tribunales religiosos, y que son visados posteriormente por una autoridad pública que interviene desempeñando una función meramente recepticia. De hecho, estos últimos se caracterizan precisamente porque sus decisiones carecen de efecto constitutivo alguno. Y este es, fundamentalmente, el principal obstáculo que existe para ser reconocidos, puesto que el documento en el que se declara el divorcio no

<sup>121</sup> Así ocurrió, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, de 24 de mayo de 2018, al estimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado que otorgó el executur aplicando la LCJIMC a una resolución de disolución del matrimonio dictada por el Gobernador del Condado de *Nordland* (Noruega). El Auto dictado por la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Segunda, de 14 de septiembre de 2018, por la que confirmaba el executur de una sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Familia de Tokio aplicó también dicha norma (ECLI: ES:APSS:2018:1222A), al igual que en el Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz (Secc. 1ª), de 8 de julio de 2019, que estimó el recurso contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia en un procedimiento de executur, revocando el mismo y, en consecuencia, decretando la admisión a trámite de una demanda executur para el reconocimiento del documento público de escritura de cese de efectos civiles suscrito por un notario de Colombia (ECLI: ES:APVI:2019:401ª).

<sup>122</sup> ECLI: ES:APA:2019:663ª.

merece el calificativo de “decisión extranjera” al no haber sido dictada por una autoridad revestida de *imperium* con capacidad de control sobre los requisitos precisos para que puede ser decretado el divorcio<sup>123</sup>. Ahora bien, el hecho de que este tipo de divorcios no puedan surtir efectos jurídicos en España como una decisión extranjera, no significa, *a priori*, que no puedan ser reconocidos<sup>124</sup>.

Como veremos, esta es una cuestión que depende del tipo del divorcio que se haya obtenido en el extranjero.

### A) ¿Pueden ser los divorcios pronunciados por tribunales religiosos extranjeros reconocidos en España?

42. Para que un divorcio dictado por un tribunal religioso extranjero sea reconocido en España, debería procederse a un reconocimiento conflictual del mismo<sup>125</sup>. Esto es, conforme a la ley aplicable al divorcio<sup>126</sup>. El divorcio religioso extranjero se consideraría válido si reuniera los requisitos sustantivos y formales establecidos por el Derecho al que remita la norma de conflicto española pertinente<sup>127</sup>. La cuestión que se plantea de inmediato es saber la norma conforme a la que deberá realizarse dicho control. Según la Sent. del TJCE dictada en el asunto *Sahyouni*, el Reglamento Roma III no se aplica al reconocimiento de una resolución de divorcio religioso dictada en un tercer tercer sin la intervención de una autoridad pública, ya sea consecuencia de la voluntad unilateral o común de las partes<sup>128</sup>. En defecto, pues, de norma institucional y convencional aplicable, el reconocimiento de tales divorcios debería llevarse a cabo, según lo previsto en la ley aplicable *ex art.* 107.2º Código civil español.

La cuestión está en que dicho precepto no regula propiamente cuál es la ley aplicable divorcio, por lo que su aplicación práctica sitúa al operador práctico en un callejón sin salida. Y ello porque este artículo remite, en primer lugar, a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea y, por ende, al Reglamento Roma III, norma que, como ha apuntado el TJCE, no resulta aplicable a estos supuestos. Y, en segundo lugar, porque se refiere igualmente a lo establecido “*en la normativa española de Derecho internacional privado*”. Una remisión que cabe calificar, según la doctrina española, de enigmática e incomprendible<sup>129</sup>. No se entiende bien a qué se refiriere el legislador español cuando dicho precepto alude a las normas españolas de Derecho internacional privado, puesto que tales disposiciones, desde que se reformó el tenor literal del art. 107.2º Código civil, dejaron de existir. A la luz de lo cual, cabe concluir, que en el ordenamiento jurídico español no existe una regulación ni internacional ni estatal específica conforme a la cual pueda llevarse a cabo dicho reconocimiento conflictual. Su ausencia evidencia la existencia de una laguna normativa en DIPr. español para proceder al reconocimiento conflictual, así como la incapacidad de reconocer en España de aquellos divorcios dictados por tribunales religiosos extranjeros. Ello no impide, no obstante, que la parte interesada solicite directamente el divorcio a nuestros tribunales. A nuestro juicio, esta situación hubiera podido evitarse, si el legislador español hubiera incorporado materialmente –en lugar de hacerlo por referencia– lo dispuesto en la reglamentación europea.

*De lege ferenda*, debería reformarse el sistema estatal español para evitar estas lagunas. Con todo, de existir un *corpus* normativo a partir del cual realizar dicho control, sería preciso saber si tales divorcios podrían ser reconocidas (o no) en nuestro país (o no) por ser contrarias al orden público español, tal y como ha apuntado recientemente la sentencia dictada por el *Bundesgerichtshof* alemán (en adelante BGH<sup>130</sup>) de 26 de agosto de 2020 –tribunal que planteó al TJCE las cuestiones prejudiciales que

<sup>123</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op.cit.*, p. 305.

<sup>124</sup> En sentido contrario, M.A. GARCÍA SELLENS, C. ZIMMER, “Reconocimiento y divorcios privados...”, *loc.cit.*, p. 7.

<sup>125</sup> A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni. Más allá del espejo...”, *loc.cit.*, p. 19 y bibliografía *ibid.* citada.

<sup>126</sup> R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales...*, *op.cit.*, p. 351 en esp. nota pp. núm. 351; F.J. GARCIMARTÍN ÁLFERREZ, *Derecho internacional privado*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Civitas, 2019, 5ª ed., p. 279.

<sup>127</sup> S.L. GÖSS, “Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, “Private Divorces” and Islamic law under the Rome III Regulation”, *The European Legal Forum*, vol. 3/4, 2017, pp. 68-74.

<sup>128</sup> Apartado 39.

<sup>129</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni. Más allá del espejo...”, *loc.cit.*, p. 19.

<sup>130</sup> *Vid.* en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=898fb3f34a>

dieron lugar al caso *Sahyouni*—. Para dicho tribunal, aunque el art. 10 del Reglamento Roma III no sea aplicable<sup>131</sup>, a tenor de lo dispuesto en el art. 6 del EGBGB<sup>132</sup>, podría denegarse el reconocimiento de tales divorcios. Para ello, sería preciso analizar los resultados a los que se llega con la aplicación la *lex causae* y ver hasta qué punto se violan (o no) los principios y valores fundamentales del sistema legal alemán. Téngase, por ejemplo, en cuenta que, en Alemania, los divorcios mediante declaraciones unilaterales (como *talaq o ghet*) no violan el orden público alemán, si ambos cónyuges están de acuerdo en el divorcio. Para este tribunal, era evidente que, en este caso, en concreto, la esposa no deseaba el divorcio, por lo que consideró que no era factible su reconocimiento en Alemania por violar su orden público. En la jurisprudencia española hay abundantes ejemplos de cuándo este tipo de divorcios vulneran (o no) el orden público español, por lo que la respuesta a esta cuestión no puede ser ni definitiva ni concluyente. Dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto.

## B) ¿Puede el divorcio contractual francés ser reconocido en España?

43. De la misma manera, cabe preguntarse si el “divorcio privado” admitido en Derecho francés sería reconocido (o no) por las autoridades españolas<sup>133</sup>. Téngase en cuenta que se trata de un divorcio “desjudicializado”<sup>134</sup> y “contractualizado”, y que en su regulación legal no existe previsión alguna ni sobre la competencia interna ni internacional, lo que lo convierte en un “divorcio sin foro”<sup>135</sup>.

Se trata de un divorcio en el que la intervención del notario es mínima. Se limita a recibir el acuerdo al que llegan las partes en presencia de su abogado. El principal problema que plantea en la práctica este tipo de divorcios es el de su eficacia extraterritorial en otros Estados<sup>136</sup>. Cabe preguntarse, por tanto, si el divorcio contractual francés podría ser reconocido en España. *A priori*, podría pensarse que, en la medida en que el acuerdo de divorcio es autorizado por un notario francés, podría ser de aplicación el sistema del reconocimiento previsto en el RBr II bis. No obstante, a nuestro juicio, ello no resultaría factible, puesto que el documento en el que se declara el divorcio no merece el calificativo de “resolución judicial”, tal y como se define en el art. 2.4º del RBr II bis en relación con el art. 2.1º de dicho Texto normativo.

44. Queda la cuestión de saber, si este tipo de divorcios podrían ser reconocidos en España a partir de lo establecido en el art. 46 RBr II bis, como así se ha planteado la doctrina francesa<sup>137</sup>. Dicha

a99ec390559632aec5d33e&nr=110810&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf

<sup>131</sup> Sobre la interpretación de este precepto *vid.* la reciente Sent. del TJCE de 16 de julio de 2020 (As. C-249/19). Un comentario en P. DIAGO DIAGO, “Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio se aplicará la ley del foro: interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010 proporcionada por la STJUE de 16 de julio de 2020 asunto C-249/19”, *La Ley. Unión Europea*, nº 85, 2020, pp. 1-10.

<sup>132</sup> “A provision of the law of another country shall not be applied where its application would lead to a result which is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. In particular, inapplicability ensues, if its application would be incompatible with civil rights” ([https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgbeg/englisch\\_bgbeg.html#p0042](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0042)).

<sup>133</sup> Introducido por la *Loi* núm. 2019-222 de 23 marzo de 2019 de *programmation 2018-2022* et de *réforme pour la justice* extiende la normativa prevista para el divorcio privado a la separación (art. 298 Código civil francés). [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038261631&categorieLien=id>]

<sup>134</sup> A. DEVERS, “Le divorce sans juge en droit international privé”, *Droit de la Famille*, 2017, vol. 5, p. 1.

<sup>135</sup> P. HAMMJE, “Le divorces par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d’un divorce sans fore”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2017, p. 143.

<sup>136</sup> En la jurisprudencia comparada encontramos decisiones que han rechazado el reconocimiento de este tipo de divorcios, como así ocurrió en las Sents. dictadas por el Tribunal de *Sidi M’Hamed*, de 26 septiembre de 2017 y por el Tribunal de primera instancia d’Oujda, de 29 de enero de 2018. Por el contrario, su reconocimiento fue aceptado en la decisión adoptada por el Tribunal de primera instancia de Túnez, de 14 de noviembre de 2017 (*vid.* S. BEN ACHOUR, “Le divorce extrajudiciaire français devan le jeu tunisien, une tolérance a contrecœur”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2017, pp. 211-227; M. LAMARCHE, “Orgueil et préjugés: le sort du divorce sans juge au sud de la Méditerranée”, *La Semaine Juridique, notariale et immobilière*, 2018, pp. 7-8; M. EL BAHJA, “Le Maroc et le divorce par consentement mutuel français”, *La Semaine Juridique, notariale et immobilière*, 2018, pp. 7-8). En Marruecos, el Gobierno marroquí promulgó el 18 de febrero de 2019 una Circular en la que se manifestaba a favor del reconocimiento de este tipo de divorcios en Marruecos. No es preciso obtener el *exequatur* del mismo y será reconocido, siempre que no se vulnere el orden público marroquí en <https://www.labase-lextenso.fr/gazette-du-palais/GPL347k9>.

<sup>137</sup> P. HAMMJE, “Le divorces par consentement mutuel...”, *loc.cit.*, p. 143; S. BEN ACHOUR, “Le divorce...”, *loc.cit.*, p. 213.

norma permite que un documento público con fuerza ejecutiva formalizado en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, pueda ser reconocido y se le dote de dicha fuerza en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales. Una opción que, a nuestro juicio, no resulta operativa, siguiendo a P. Hammje, puesto que resulta dudoso que un divorcio contractual francés constituya un acto susceptible de ejecución<sup>138</sup>.

A nuestro juicio, dicho Reglamento no sería aplicable al reconocimiento de tales divorcios en nuestro país. Por ello, sorprende que el legislador francés admitiera dicha posibilidad en la Circular 19 del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 2017 (Ficha 10<sup>139</sup>)<sup>140</sup>. En esta disposición el legislador francés habilitó a los notarios franceses como autoridades competentes para expedir el certificado al que el art. 39 del RBr II bis hace referencia<sup>141</sup>. A nuestro juicio, resulta cuestionable y criticable<sup>142</sup> que por una vía tan poco ortodoxa se permita la aplicación del RBr II bis para el reconocimiento de tales divorcios en España. No obstante, dicha habilitación facilita, sin duda alguna, la circulación de tipo de divorcios en todos los Estados miembros del Reglamento y, por ende, también en nuestro país. Resulta preciso saber, por tanto, si este tipo de divorcio sería reconocido (o no) en España. Como se ha evidenciado, la eficacia de este tipo de divorcios estaría sometida a un número muy reducido de controles. Solo la vulneración de nuestro orden público internacional [art. 22 a)] o la inconciabilidad con otra decisión [art. 22 c y d)] serían los únicos motivos por los que se podrían impedir su reconocimiento en nuestro país. Y no siempre, puesto que el concepto de orden público y de incompatibilidad que deben ser aplicados por parte de las autoridades españolas es el establecido en el Reglamento europeo. No puede ser desvirtuado, por tanto, por categorías y conceptos internos. Además, no hay que olvidar que el control de estas condiciones está sometido a ciertos límites en el propio Reglamento. Así, por ejemplo, el control de orden público en dicho Texto normativo no permite introducir ni un control de competencia –aunque hubiera existido fraude en la búsqueda del foro– (art. 24 RBr II bis) ni de ley aplicable (art. 25 RBr II bis). Así pues, al reducirse considerablemente los controles a realizar sobre tales divorcios, se elevan exponencialmente las posibilidades de su reconocimiento en España.

**45.** Una praxis que resulta ciertamente preocupante, y que va a perpetuarse con el RBr II bis refundido, puesto que, según dicho Reglamento, los documentos públicos y los acuerdos entre partes relativos al divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en un Estado miembro deben asimilarse a «resoluciones» a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento (Considerando 70). El presente Reglamento no autoriza la libre circulación de acuerdos meramente privados, pero sí de cualquier acuerdo que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública (Considerando 14). El Reglamento posibilita, así, el reconocimiento de este tipo de divorcios entre los Estados miembros a partir de lo establecido en los arts. 64 y 65.<sup>143</sup> El primero de ellos establece que la sección 4 del Reglamento, titulada de “Documentos públicos y acuerdos”, resulta aplicable en materia de divorcio a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al Capítulo II. Se autoriza la circulación de los acuerdos en materia de divorcio, siempre que vayan acompañados del correspondiente certificado<sup>144</sup>. Dicho precepto exige además que dicho Estado debe *ejercer su competencia con arreglo al Capítulo II*, capítulo donde se contemplan las

<sup>138</sup> P. HAMMJE. “Le divorces par consentement mutuel...”, *loc.cit.*, p. 143.

<sup>139</sup> BOMJ núm. 2, 2017-06, du 30 juin 2017.

<sup>140</sup> Esta previsión normativa fue dictada por el legislador francés junto al *Décret* n° 2016-1907 de 28 diciembre de 2016 – por el que derogaba lo establecido en el art. 509-3 del Código de Procedimiento Civil– para resolver las dudas y los problemas que suscitaban este tipo de divorcios en Francia (*JORF* n° 0302 du 29 décembre 2016).

<sup>141</sup> Ello explica que un grupo de juristas, encabezado por el profesor *Nourissat*, interpusiera un recurso contra Francia por el incumplimiento del Derecho europeo y, en particular, de los Reglamentos Bruselas II *bis* y Roma III (<https://www.notariatresguerres.es/la-circulacion-en-europa-del-divorcio-notarial/>).

<sup>142</sup> E. vVGANOTTI, “Rome III et le divorce sans juge”, *Gazette du Palais*, n° 7, de 20 de febrero de 2018, p. 27.

<sup>143</sup> S. CORNELOUP/ T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du ter(rain)”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2020-2, pp. 215-245.

<sup>144</sup> Según el art. 100 del nuevo Reglamento, este régimen de reconocimiento será aplicable solo a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha.

normas de competencia internacional. De la lectura de este precepto parece deducirse que el legislador europeo condiciona la eficacia de tales divorcios a que tales acuerdos sean registrados por autoridades con competencia internacional, según lo establecido en los arts. 3 al 6 del Reglamento.

Por su parte, el art. 65.1º del Reglamento establece la posibilidad de obtener el reconocimiento automático de aquellos documentos públicos y los acuerdos sobre divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen. En particular, se reconocerán en otro Estado miembro sin que se requiera ningún procedimiento especial aplicándose las normas previstas para el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras (Capítulo IV), salvo disposición en contrario. El control que se podrá ejercer sobre este tipo de divorcios será de mínimos (art. 38). Desde la perspectiva española, la consecuencia más importante que se deriva de esta regulación es que el reconocimiento del divorcio contractual francés solo podría ser denegado en España si se vulnerara el orden público español [art. 38 a)] o resultara inconciliable con otra decisión dictada en España u otro Estado [art. 38 b)].

46. Con todo, aun en el caso de que fuera operativa la cláusula de orden público<sup>145</sup>, sería oportuno saber hasta qué punto la necesidad de dotar de continuidad al estado civil de las personas, como así argumentó la Sent. dictada por el Tribunal de Primera instancia de Túnez el 14 de noviembre de 2017, o el Derecho al respeto a la vida privada de la familia (*ex art. 8 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>146</sup>)<sup>147</sup>, según ha dispuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sent. dictada en el caso *Wagner y J.M.W.L contra Luxemburgo*, el 28 de junio de 2007<sup>148</sup>, podrían constituir argumentos de peso a tener en cuenta para que este tipo de divorcios pudieran ser reconocidos en nuestro país<sup>149</sup>. Unos argumentos que, a pesar de su bondad, revisten, a nuestro juicio, una vertiente tan excesiva como peligrosa, puesto que fuerzan a los Estados a abrir sus sistemas de DIPr. con el objeto de reconocer una relación familiar constituida válidamente en el extranjero *ex. lex causae*, incluso, cuando aquella no respetara la legalidad vigente en el Estado en el que se pretende su eficacia. No obstante, esta es una incógnita que solo podrá ser despejada por la práctica jurisprudencial en los años venideros. Con todo, la posibilidad que existe, como hemos advertido, de que tales divorcios circulen libremente entre los Estados miembros evidencia los excesos y los peligros a los que conduce tanto el principio de confianza europea, como la idea pro reconocimiento que se está expandiendo en los últimos tiempos en las relaciones familiares<sup>150</sup>.

## V. Efectos de las cuestiones accesorias a la disolución del matrimonio

### 1. Liquidación de régimen económico matrimonial

47. El reconocimiento de la liquidación del régimen económico de un matrimonio disuelto por autoridad no judicial extranjera presenta una relevancia singular, pues la suerte misma del divorcio, puede depender de que exista una efectiva liquidación del régimen económico matrimonial. Determinar el régimen de reconocimiento de las decisiones en este ámbito constituye una cuestión compleja. No solo por la pluralidad de fuentes normativas (institucional, convencional y estatal) existentes en nuestro sistema jurídico, sino también porque, como hemos apuntado, el concepto de “resolución judicial” que

<sup>145</sup> R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales...*, *op.cit.*, p. 401.

<sup>146</sup> BOE de 10 de octubre de 1979.

<sup>147</sup> S. BEN ACHOUR, “Le divorce...”, *loc.cit.*, p. 226.

<sup>148</sup> *Aranzadi Westlaw JUR 2007*, 147388. En esta sentencia, dicho Tribunal consideró que un Estado no debe denegar el reconocimiento de una adopción válidamente constituida en el extranjero, cuyos vínculos familiares se han consolidado, por considerar que la misma no reúne los requisitos legales para su reconocimiento, en la medida en que ello vulnera varios derechos establecidos en el CEDH. La Sent. del TEDH de 3 de mayo de 2011 aplicó una doctrina similar respecto de las restricciones del legislador griego frente a las adopciones por religiosos o monjes.

<sup>149</sup> S. BEN ACHOUR, “Le divorce...”, *loc.cit.*, p. 226.

<sup>150</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “La adopción internacional y otras formas de protección del menor”, en M.C. GARCÍA GARNICA, N. MARCHAL ESCALONA (DIR.), G. MORENO CORDERO, A. QUESADA PÁEZ (Coords.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Navarra, Aranzadi, 2019, pp. 718-719.

emplean estas normas difieren de una a otra norma. A ello hay que añadir, que la liquidación de dicho régimen puede haber sido determinada y, por tanto, constar en el mismo documento y de forma conjunta a la disolución de dicho matrimonio (Cuba, Brasil, Colombia, Rumanía, Portugal, Italia, Dinamarca y Noruega), en otra escritura pública otorgada de forma independiente y previa a la disolución del mismo, como así exigen algunos Estados para acceder a este tipo de divorcios (Letonia, Estonia, México, Bolivia, Nicaragua y Perú), haber sido concretada en capitulaciones matrimoniales otorgadas previamente, o bien en una posterior decisión judicial, como así ocurre en Rusia, Moldavia y Armenia.

**48.** En Derecho español, las reglas de reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros sobre liquidación de matrimonio se encuentran recogidas tanto en el Reglamento (UE) nº 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (en adelante, Reglamento nº 2016/1103<sup>151</sup>) –que entró en vigor el 29 de enero de 2019–, así como en diversos convenios bilaterales en los que España forma parte y en la normativa estatal.

En particular, el Reglamento nº 2016/1103 se aplica a aquellas “resoluciones judiciales” o a aquellos “documentos públicos” procedentes de otros Estados miembros del Reglamento en el ámbito de aplicación del mismo. Dicho Reglamento reemplaza en las relaciones entre los Estados miembros a los convenios internacionales en vigor (art. 62.2º), aunque subsisten frente a terceros Estados (art. 62.1º). Fuera del ámbito internacional será de aplicación el régimen estatal dentro del cual cabe cifrar tanto la LJV como la LCJIMC y la LEC. Saber cuándo se aplica una u otra disposición normativa dependerá de cuál sea el efecto pretendido (probatorio, registral o ejecutivo), de la función que hubiera desempeñado la autoridad no judicial extranjera, así como de cuál sea el documento en el que se liquide el régimen económico, cuyo reconocimiento se pretende (escritura pública de divorcio, escritura pública de liquidación, capitulaciones matrimoniales o sentencia judicial).

**49.** Concretar, pues, cuál es el régimen jurídico de reconocimiento aplicable a la liquidación del régimen económico de un matrimonio disuelto por autoridad no judicial dependerá no solo del país de donde proceda dicha liquidación, de la fecha en la que esta se haya producido, sino también del efecto que se pretenda obtener con su reconocimiento (probatorio, registral o ejecutivo). Pero, fundamentalmente, lo que determinará el régimen aplicable al reconocimiento de dicha liquidación es si esta tiene lugar (o no) junto a la disolución del matrimonio. Y de ser así, de la función que hubiera desempeñado la autoridad que hubiera procedido a disolver el matrimonio y, en concreto, de si equivale (o no) a la que desempeñan las autoridades judiciales españolas.

**50.** El Reglamento nº 2016/1103 garantiza la eficacia de la liquidación matrimonial obtenida ante las autoridades de otro Estado miembro del Reglamento. Ahora bien, la cuestión que se plantea de inmediato es la saber si dicho Texto es aplicable al reconocimiento de la liquidación del régimen económico de un matrimonio disuelto por una autoridad no judicial procedente de Italia y Portugal, en la medida en que ambos Estados forman parte de dicho Reglamento. La posibilidad de aplicar dicha norma dependerá de dos factores. Por una parte, de si tales decisiones pueden ser consideradas (o no) como “resolución judicial”, según el concepto que dicho Texto incorpora. Y, por otra, de si dicha liquidación tiene lugar antes o de forma conjunta a la disolución del matrimonio

Para este Reglamento, resolución es:

*“cualquier resolución en materia de régimen económico matrimonial dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con independencia de la denominación que reciba, incluida una resolución sobre la determinación de las costas o gastos por parte de un funcionario judicial”* [art. 3.1º d)].

<sup>151</sup> DOUE 183 de 8 de julio de 2016, p.1.

Este precepto relaciona e identifica el concepto de “resolución judicial” con el de “órgano jurisdiccional” (art. 3.2º). A tenor del cual:

*“toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia”.*

Este Reglamento para saber si puede ser aplicado (o no) por autoridades no judiciales y, por tanto, para ser aplicado al reconocimiento de las decisiones adoptadas por aquellas, reproduce el modelo del Reglamento de sucesiones<sup>152</sup>. Sus Considerandos 29 y 20 replican, como así ha evidenciado P. Jiménez Blanco, el esquema de equivalencia entre “función jurisdiccional” y sometimiento a los “criterios de competencia del Reglamento”<sup>153</sup>. Además de seguir el sistema del listado remitido por cada Estado. De manera que, según la declaración realizada por el Gobierno italiano, los funcionarios del Registro Civil (*Ufficiali di Stato Civile*) son considerados como autoridades competentes para aplicar lo dispuesto en el Reglamento cuando ejerzan sus funciones en el marco del art. 12 del Decreto Ley nº. 132/2014<sup>154</sup>. La consecuencia que se deriva de dicha declaración es que las disposiciones de dicho Reglamento podrían ser aplicables al reconocimiento de aquellas decisiones en las que se liquide el régimen económico matrimonial de un matrimonio disuelto por dicha autoridad. Con todo, no hay que olvidar que, la liquidación del mismo debe de ser concertado antes en un documento público de forma independiente o en unas capitulaciones matrimoniales. Por consiguiente, su reconocimiento deberá seguir el régimen dispuesto en el Reglamento para los documentos públicos extranjeros<sup>155</sup> y, particularmente, lo dispuesto en su art. 58, si lo que se pretende es su eficacia probatoria (art. 58<sup>156</sup>) y al art. 59<sup>157</sup>, si es ejecutiva. Pero, si lo que se pretendiera fuera su eficacia registral, se estaría a lo dispuesto en el ar. 60 LCJIMC<sup>158</sup> al ser una cuestión no regulada en dicho Reglamento.

<sup>152</sup> Reglamento (UE) nº 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 de 27 de julio de 2012, p. 107).

<sup>153</sup> *Id.* “Concepto de “órgano jurisdiccional” ...”, *loc.cit.*, p. 155.

<sup>154</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_matters\\_of\\_matrimonial\\_property\\_regimes-559-it-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_matrimonial_property_regimes-559-it-es.do?member=1).

<sup>155</sup> Por documento público se entiende todo “documento en materia de régimen económico matrimonial que ha sido formalizado o registrado como documento público en un Estado miembro y cuya autenticidad: i) se refiere a la firma y al contenido del documento público, y ii) ha sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin por el Estado miembro de origen”;

<sup>156</sup> De manera que, aquellos documentos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio –o el efecto más parecido posible– que en el primero, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del segundo (art. 58.1º). Para articularlo se establecen las posibilidades de: a) solicitar el formulario al que se refiere el art. 67.2º especificando el valor probatorio del documento *ab origine* (art. 58.1º *in fine*); b) recurrir la autenticidad del documento público, lo que ha de hacerse ante las autoridades del Estado donde fue formalizado y conforme a su legislación, considerandos 59 y 58 *in fine*, respectivamente; y c) recurrir asimismo los actos o relaciones jurídicos consignados en el documento público en cuestión (para lo que se aplicarían las normas sobre competencia y Ley aplicable consagradas en los propios Reglamentos). La interposición de ambos tipos de recursos priva a los documentos públicos de su valor probatorio (art. 58.2º y 3º, y Considerandos 62 y 61, respectivamente). Al respecto, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, Vol. 11, nº 1, 2019, pp. 8-50.

<sup>157</sup> Se consideran como tales a: “Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán declarados, a instancia de cualquiera de las partes, documentos con fuerza ejecutiva en otro Estado miembro de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57”.

<sup>158</sup> Según el mismo: “Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”.

Por su parte, Portugal ha designado a los Encargados del Registro Civil como autoridades competentes a efectos de aplicar las disposiciones del Reglamento<sup>159</sup>, por lo que el reconocimiento de la decisión de liquidación matrimonial realizada por acuerdo de los cónyuges ante dicha autoridad, seguirá el régimen aplicable a las resoluciones judiciales (arts. 36-57) en dicho instrumento normativo. En consecuencia, sería posible obtener tanto su reconocimiento automático (art. 36.1º) como su eficacia ejecutiva (art. 49), según el efecto pretendido por las partes, siendo controladas las condiciones de denegación de reconocimiento previstas en el art. 37. No cabría realizar control de competencia (art. 39).

**51.** En defecto de norma institucional aplicable, el reconocimiento de una decisión de liquidación del régimen económico de un matrimonio disuelto por autoridad no judicial extranjera podrá surtir efectos en nuestro país con arreglo a lo establecido en los Tratados y convenios internacionales de los que España forma parte. Estos serán de aplicación, siempre que su ámbito de aplicación material lo permita y el concepto de “resolución” que prevea sea lo suficiente amplio como para incluir las decisiones adoptadas por autoridades no judiciales. De hecho, el análisis de los convenios bilaterales suscritos por España con aquellos países que contemplan el divorcio no judicial, nos permite concluir su escasa operatividad práctica. En unos casos, porque la liquidación del régimen económico del matrimonio constituye una materia que está excluida de su ámbito de aplicación material (*ad ex.* convenio hispano-brasileño e hispano-mexicano) y, en otros, porque solo se aplica al reconocimiento de “resoluciones judiciales” entendiendo por tales aquellas procedentes de órganos jurisdiccionales, como así ocurre con el Convenio hispano-chino (art. 16.3º) y el hispano-colombiano (art. 1).

Mención especial merece el convenio hispano-ruso que resultará aplicable al reconocimiento de aquellas resoluciones judiciales en las que se proceda a liquidar el régimen económico matrimonial dictadas tras la disolución no judicial del matrimonio *ex art. 20 Family Code of the Russian Federation*. A tenor de dicho Convenio, cabe solicitar tanto el reconocimiento automático (art. 24.1º) como el ejecutivo (art. 22), según el efecto pretendido por las partes, siendo controladas las condiciones de denegación de reconocimiento previstas en los arts. 18 y 19.

**52.** Ahora bien, para saber cómo se reconoce la liquidación del régimen económico de un matrimonio disuelto por autoridad no judicial extranjera en defecto de norma institucional y convencional aplicable, hay que distinguir si esta se produce conjuntamente con la disolución del matrimonio, en un documento distinto y previo al mismo o en virtud de una decisión judicial posterior a su disolución. En el primer supuesto, habría que estar, a su vez, tanto al efecto pretendido como a la función desempeñada por la autoridad no judicial al disolver el matrimonio. Así, si esta es equivalente a la función que desempeñan las autoridades judiciales, la norma aplicable a su reconocimiento, así como las condiciones de reconocimiento a controlar por las autoridades españolas serían *ex art. 11.3º* las establecidas en el art. 11 LJV, si el efecto pretendido fuera el registral; mientras que, si el efecto pretendido fuera el ejecutivo, sería de aplicación lo dispuesto en la LCJIMC (art. 50), y los arts. 323.2º y 144 LEC si fuera el probatorio. Por el contrario, si dicha autoridad no desempeñara funciones equivalentes a las que ejercita la autoridad judicial española cuando interviene, es decir, la decisión extranjera no fuera equivalente a la resolución judicial, se debería de estar a lo establecido en LCJIMC, si el efecto pretendido fuera el efecto ejecutivo (art. 56), a los arts. 323.2º y 144 LEC si fuera el efecto probatorio y a la Disposición adicional tercera de la LJV si fuera el registral.

En el tercer y último lugar, es decir, si la liquidación del régimen económico del matrimonio tiene lugar con posterioridad a la disolución del matrimonio vía judicial (*ad ex.* Armenia), en tales casos, el reconocimiento de dicha resolución seguiría el régimen establecido por la LCJIMC, salvo las procedentes de Rusia que serían reconocidas, como hemos visto, según lo establecido en el Convenio bilateral suscrito con dicho país.

**53.** Mención especial merece saber qué sucede cuando el régimen económico matrimonial se liquida tras un divorcio privado obtenido en Francia, donde el procedimiento de liquidación del régimen

<sup>159</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_matters\\_of\\_matrimonial\\_property\\_regimes-559-pt-es.do?clang=fr](https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_matrimonial_property_regimes-559-pt-es.do?clang=fr)

matrimonial debe tener lugar antes del divorcio. De hecho, ambos cónyuges deben incluir en el acuerdo de divorcio la declaración de liquidación<sup>160</sup>. En particular, esta declaración de liquidación debe ser establecida por un notario si hay bienes sujetos a publicidad *ex* 229-3.5.º *Code*<sup>161</sup>. De forma que el régimen jurídico aplicable a su reconocimiento en España podría variar, según si dicha liquidación tiene lugar vía notarial o judicial.

## 2. Obligaciones alimenticias

**54.** Saber cómo se reconoce en España una pensión alimenticia obtenida tras la disolución de un matrimonio dictada por autoridad no judicial que, según el análisis de Derecho comparado llevado a cabo, puede afectar solo al excónyuge o incluir igualmente a los hijos, constituye una cuestión eminentemente compleja. No solo por la pluralidad de fuentes normativas (institucional, convencional y estatal) existentes en el sistema jurídico español y las diferentes nociones que cada texto incorpora de la noción “resolución” a los efectos de su aplicación, sino también porque dicha decisión puede haber sido pronunciada junto con la disolución del matrimonio, o bien posteriormente vía judicial una vez disuelto el matrimonio, como así sucede en Rusia y Armenia.

Para determinar el régimen aplicable al reconocimiento de una obligación alimenticia decretada por autoridad no judicial extranjera tras la disolución de un matrimonio habrá que estar al país donde se ha acordado dicha obligación, a la fecha en la que esta se haya obtenido, pero, sobre todo a la función que hubiera desempeñado la autoridad que hubiera procedido a disolver el matrimonio y, en concreto, si dicha función equivale a la que ejercitan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven el vínculo matrimonial, como así sucede en Cuba, Colombia, Noruega, Dinamarca, Rumania, Estonia, Moldavia, Portugal, China, y Japón, o si, por el contrario, esta equivalencia no tiene lugar, como así ocurre en México, Brasil, Ecuador, Perú, Bolivia, Nicaragua, Letonia, Ucrania, Italia y Kirguistán.

En Derecho español, la pluralidad de fuentes institucionales, convencionales y estatales existentes en el sistema jurídico convierte la identificación del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de una decisión judicial extranjera dictada en materia de alimentos en una cuestión tan esencial como compleja. Esta confluencia de regímenes obliga a articular las relaciones entre todos ellos. Saber qué instrumento se aplica requiere, por una parte, delimitar con precisión el ámbito de aplicación de cada Texto normativo (material, espacial y temporal) y, por otra, estar a lo dispuesto en los propios instrumentos legales sobre su prevalencia sobre otros (cláusulas de relación o de compatibilidad). El alcance de esta compatibilidad depende, pues, del análisis y la comparación de los diferentes instrumentos jurídicos, teniendo en cuenta que en este ámbito destaca, de forma muy especial, la aplicación de la norma más favorable (*favor executionis*). Esta regla de delimitación es particularmente operativa en materia alimenticia. De hecho, como tendremos oportunidad de analizar, algunos textos convencionales exceptúan expresamente su aplicación en favor no solo de otros instrumentos internacionales, sino también del propio régimen común<sup>162</sup>. Con todo, es preciso saber que esta regla no habilita la aplicación de los distintos Convenios en forma de mosaico<sup>163</sup>.

**55.** En el ámbito europeo la norma clave para el reconocimiento de decisiones dictadas en materia alimenticia es el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (en adelante RB-III). La cuestión está en saber si dicho Reglamento puede aplicarse o no para reconocer aquellas decisiones alimenticias dictadas tras la disolución no judicial de un matrimonio obtenido en Letonia, Rumania, Estonia, Portugal e Italia. Todo depende

<sup>160</sup> <https://www.jurifiaable.com/conseil-juridique/droit-de-la-famille/liquidation-regime-matrimonial>.

<sup>161</sup> “L’état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu’il n’y a pas lieu à liquidation”.

<sup>162</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op.cit.* p. 404.

<sup>163</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op.cit.*, p. 564.

de si tales decisiones pueden ser o no consideradas como “resoluciones judiciales” a efectos de su aplicación. Este Reglamento se aplica al reconocimiento de “resoluciones judiciales extranjeras” (art. 2.1<sup>o</sup>) entendiendo por tales las dictadas por órganos jurisdiccionales incluyendo dicha definición a las autoridades administrativas (art. 2.2<sup>o</sup>). Para identificar a estas últimas, se sigue el sistema de listado<sup>164</sup>. A tenor de dicho concepto y de dicho listado, cabe concluir que las decisiones de alimentos obtenidas tras la disolución no judicial de un matrimonio en tales países no podrían ser reconocidas como “resoluciones judiciales extranjeras” (arts. 16-22), porque no merecen dicho calificativo. Por el contrario, sí podrían serlo como documentos públicos *ex art. 2.1<sup>o</sup>.3<sup>o</sup>* y obtener fuerza ejecutiva en nuestro país a partir de lo previsto para las resoluciones judiciales (*ex art. 48*), siempre que tales decisiones pudieran ser consideradas como «documento público con fuerza ejecutiva», tal y como el propio Reglamento establece<sup>165</sup>.

A su vez, el RB-III prevalece sobre el Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 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 (en adelante RTEE<sup>166</sup>) –art. 68.2<sup>o</sup>–, así como sobre el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante CL II)<sup>167</sup>. Este convenio será aplicable al reconocimiento de aquellas decisiones adoptadas en materia alimenticia tras la disolución de un matrimonio acordado por autoridades no judiciales noruegas y danesas. Ahora bien, no resultarían de aplicación las disposiciones relativas al reconocimiento de “resoluciones judiciales” (Título III) por cuanto el concepto que incorpora este instrumento normativo es muy restringido, pues solo afecta a resoluciones dictadas por tribunales judiciales (art. 32). En cambio, sí lo serían aquellas relativas al reconocimiento de documentos públicos (art. 57). Este Convenio resulta compatible con el Convenio de La Haya de 23 de septiembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (en adelante CH 2007)<sup>168</sup>, que ha sustituido entre los Estados partes a otros Convenios de la Conferencia de La Haya –art. 61 CL II–.

**56.** Por su parte, en el ámbito convencional hallamos una serie de Convenios (multilaterales y bilaterales) que son de aplicación, siempre que su ámbito de aplicación (material, espacial y temporal) lo permita, y no hayan sido desplazados ni por el RB-III (art. 69) ni por ningún otro instrumento normativo.

En particular, el régimen convencional multilateral se cifra en un nutrido cuerpo normativo. En primer término, y en el marco de la Conferencia de La Haya, cabe destacar al CH 2007. Este Convenio ha sustituido en las relaciones entre los Estados partes tanto al Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973<sup>169</sup> (en adelante CH 1973), así como al Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958, relativo al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimenticias para con los hijos (en adelante CH 1958)<sup>170</sup>, en la medida en que su ámbito de aplicación coincida (*ex art. 48 CH 2007*), salvo lo dispuesto en el art. 56.2<sup>o</sup> CH 2007. No obstante, esta regla de prevalencia no implica el desplazamiento total de los instrumentos internacionales y estatales que regulan esta materia por cuanto el CH 2007 permite el recurso a otros instrumentos normativos –convencionales y estatales– si estos resultan más favorables (art. 52). A tenor de dicha regla, debe darse aplicación preferente al instrumento legal que favorezca en mayor medida la eficacia extraterritorial de decisiones en materia de alimentos (eficacia máxima). No obstante, dicha posibilidad no es absoluta, puesto que condiciona la aplicación

<sup>164</sup> Las autoridades administrativas que han sido notificadas son: en Finlandia, el Consejo sobre Seguridad Social («*Sosiaalilautakunta/Socialnämnd*») y en Suecia, la Autoridad de Aplicación («*Kronofogdemyndigheten*») en [https://e-justice.europa.eu/content\\_maintenance\\_claims-47-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_maintenance_claims-47-es.do)

<sup>165</sup> En particular, se considera como tal: “a) un documento en materia de obligaciones de alimentos formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto, o bien b) un acuerdo en materia de obligaciones de alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas del Estado miembro de origen o formalizado por ellas”.

<sup>166</sup> DOUE L 143 de 30 de abril de 2004, p. 15.

<sup>167</sup> DOUE L 147 de 10 de junio de 2009, p. 1.

<sup>168</sup> DOCE 192, de 22 de julio de 2011, p. 51.

<sup>169</sup> BOE de 12 de agosto de 1987.

<sup>170</sup> BOE de 11 de abril de 1995.

de dicha normativa –convencional o estatal– al cumplimiento de una serie de condiciones (cláusula de eficacia máxima condicionada). Ello ocurrirá cuando tales normas establezcan bases más amplias para el reconocimiento de la decisión judicial extranjera, procedimientos simplificados más expeditivos para una solicitud de reconocimiento o una asistencia jurídica más favorable

Ahora bien, la cuestión está en saber si el CH 2007 resultará aplicable (o no) al reconocimiento de aquellas decisiones de alimentos procedentes de Estados miembros en el CH 2007 tras la disolución extrajudicial del matrimonio, como así sucede con las que proceden de Ucrania, Brasil, Nicaragua y Noruega. La respuesta a esta cuestión debe de ser en sentido afirmativo, puesto que el concepto de “resolución” que este convenio incorpora es amplio. Se aplica tanto al reconocimiento de las decisiones adoptadas por una autoridad judicial como administrativa incluyendo también los acuerdos celebrados ante dichas autoridades o aprobadas por ellas (art. 19.1º).

Por su parte, España ha ratificado una serie de convenios bilaterales que incluyen en su ámbito de aplicación las obligaciones alimenticias, algunos de los cuales han sido desplazados en su aplicación por el RB-III (art. 69.2º), como así sucede con los convenios celebrados con Francia<sup>171</sup> e Italia. Mientras que en otros supuestos no resultan de aplicación, bien porque excluyen la materia alimenticia de su ámbito de aplicación material, como así sucede con el convenio hispano-brasileño –al contemplar obligaciones de alimentos respecto de menores–, el convenio hispano-rumano y el hispano-mexicano, o bien porque incorporan un concepto restringido de “resolución judicial” entendiéndose por tal las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros, como así ocurre con el convenio hispano-colombiano (art. 1) o el hispano-chino (art. 2.3º).

Por el contrario, si resulta de aplicación lo dispuesto en el convenio hispano-ruso para las resoluciones judiciales dictadas en esta materia. No hay que olvidar que, según lo establecido en dicho ordenamiento jurídico, las cuestiones accesorias al divorcio extrajudicial son decididas posteriormente por una autoridad judicial.

**57.** Por su parte, no hay que olvidar la incidencia que este ámbito despliegan los mecanismos de cooperación internacional para garantizar los derechos concedidos al acreedor de alimentos a través de una resolución favorable. No se trata aquí de analizar en profundidad los diferentes instrumentos que vinculan a España en este ámbito, porque superaría el marco de este trabajo, sino de evidenciar que el reconocimiento o el reconocimiento y ejecución de una decisión de alimentos producida tras la disolución no judicial del divorcio puede ser fruto de la cooperación administrativa entre autoridades centrales. En el ámbito europeo el RB-III contiene todo un capítulo (VII) relativo a la cooperación administrativa, cuyo objeto, entre otros, es facilitar el reconocimiento de las decisiones adoptadas en otros Estados miembros. Teniendo en cuenta que dicho instrumento normativo desplaza, a su vez, tanto al Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero (en adelante CNY<sup>172</sup>) como al CH 2007 –art. 69.2º RB-III–.

El RB-III podría ser de aplicación para obtener el reconocimiento o el reconocimiento y ejecución de aquellas decisiones procedentes de Portugal, Italia Rumania, Letonia y Estonia dictadas en este ámbito tras la disolución no judicial de un matrimonio. No obstante, si tenemos en cuenta que dicha norma, como hemos tenido oportunidad de analizar, cuenta con un concepto de “resolución judicial” restringido, la consecuencia es que dicha norma no podría ser aplicable al reconocimiento de tales decisiones. Las partes se verían obligadas a articular los mecanismos de cooperación que establece el CNY o el CH 2007 que prevalece sobre aquel.

En concreto, el CNY sería operativo frente aquellas decisiones de alimentos procedentes de Ucrania, Moldavia, México, Colombia, Ecuador, Kirguistán y Dinamarca; mientras que el CH 2007 lo será frente a las que proceden de Noruega, siempre que este instrumento sea más favorable al reconocimiento que lo dispuesto en el CL, y las dictadas en el ámbito europeo (Rumania, Letonia, Estonia, Italia y Portugal)

<sup>171</sup> Convenio entre España y Francia sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969 (*BOE* de 14 de marzo de 1970).

<sup>172</sup> *BOE* de 24 de noviembre de 1966.

**58.** Por último, y en defecto de normativa institucional e internacional o, en aquellos casos, en los que esta resulte más favorable (*ex arts. 23 del CH 1973 de reconocimiento y del CH 1958, art. 52 CH 2007*) será de aplicación el régimen autónomo o estatal. Este se encuentra previsto tanto en la LCJIMC como en los arts. 11 y 12 de la LJV. Aplicar lo dispuesto en una u otra normativa dependerá de cuál sea el efecto pretendido.

**59.** Mención especial merece saber qué sucede con las pensiones de alimentos obtenidas tras la disolución privada de un matrimonio obtenido en Francia. No resultaría aplicable el RB-III, como así ha dispuesto la Circular de 26 de enero de 2007 (Ficha 10), puesto que ni constituye una “resolución judicial” ni tampoco una “transacción judicial” o un “documento público” en el sentido que dicha disposición establece<sup>173</sup>. Tampoco sería de aplicación las disposiciones que el convenio bilateral hispano-francés establece para el reconocimiento de decisiones judiciales, puesto que este solo se aplica al reconocimiento de “resoluciones recaídas en procedimientos contenciosos o voluntarios (art. 2.1º)”. No obstante, sí podría ser de aplicación el régimen legal previsto para el reconocimiento de actas auténticas o documentos públicos (art. 14), siempre que, como así exige el convenio, en la ley del Estado de origen del mismo, es decir, en Francia, dicho documento tuviera fuerza ejecutiva (art. 2.6º). En caso contrario, la única vía para que dicho acuerdo fuera reconocido en España es que los cónyuges integraran la aportación a la manutención y educación de los hijos en un acto auténtico, o bien solicitar la homologación de dicho pacto ante la autoridad judicial competente, siempre que ello resultara factible<sup>174</sup>.

### 3. Relaciones paternofiliales

**60.** Menor dificultad existe a la hora de determinar el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras sobre custodia y/o derecho de visita obtenidas tras la disolución no judicial de un matrimonio, puesto que, aunque existe un amplio abanico de instrumentos normativos en vigor en nuestro país en este ámbito (institucional, convencional y estatal<sup>175</sup>), son relativamente pocos los países que contemplan la posibilidad de obtener un divorcio no judicial cuando existen hijos menores o incapacitados. En particular, este dilema se plantea solo cuando se pretenda obtener en España el reconocimiento de tales decisiones obtenidas tras la disolución de un matrimonio no judicial procedente de Portugal, Francia, Moldavia, Estonia, Rumania, Dinamarca, Colombia, China, Japón y Cuba –únicos países que contemplan esta modalidad de disolución del matrimonio cuando hay menores de edad–.

**61.** El primero de los problemas al que inevitablemente se habrá de enfrentar la autoridad española ante la que se haga valer tales decisiones será determinar qué instrumento normativo será el que, en el caso concreto, deberá ser aplicado para decidir si la decisión en cuestión resultará o no susceptible de ser reconocida y, por ende, de desplegar en nuestro país los efectos que de la misma se pretendan.

No hay duda alguna, a partir del concepto de “resolución judicial/órgano jurisdiccional” que el RBr II bis incorpora, que las disposiciones previstas en dicho instrumento serán aplicables al reconocimiento de las decisiones de custodia y derecho de visita que hubieran sido contempladas tras la disolución no judicial de un matrimonio obtenido en Portugal, Rumanía y Estonia; normas que prevalecen sobre el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia<sup>176</sup> –en adelante Convenio de

<sup>173</sup> Sobre las dificultades para reconocer una obligación de alimentos pactada en un divorcio contractual francés, *vid. p. HAMMJE*, “Le divorce par consentement...”, *lo.cit.*, p. 148.

<sup>174</sup> <https://www.efl.fr/actualites/patrimoine/droit-international-privé/details.html?ref=f3e568aa2-7278-4541-af19-86136c0396>

<sup>175</sup> Un análisis de la misma en R. RUEDA VALDIVIA, “Custodia y derecho de visita en las rupturas de pareja de dimensión transfronteriza: breve aproximación a su regulación en derecho internacional privado español”, en M.C. GARCÍA CARNICA/ N. MARCHAL ESCALONA (Dir.), G. MORENO CORDERO, A. QUESADA PÁEZ (Coords.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Navarra, Aranzadi, 2019, pp. 521-524.

<sup>176</sup> BOE de 1 de septiembre de 1984.

Luxemburgo— [art. 60 d) RB II bis] y el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños<sup>177</sup> —en adelante CLH 1996— [art. 60 d) RB II bis].

El RBr II bis sería también susceptible de aplicación, según lo expuesto *supra*, para reconocer aquellas decisiones que hubieran sido acordadas en este ámbito tras un divorcio privado obtenido en Francia. Podrían obtener eficacia en España, bien a través del reconocimiento automático, o bien del execuátur, según cual fuera el efecto pretendido. No obstante, no sería de aplicación el régimen dispuesto para la libre circulación de las decisiones adoptadas en materia de Derecho de visita *ex art.* 41 RB II bis, puesto que para aplicar lo dispuesto en dicho capítulo se exige que exista una resolución judicial ejecutiva (Ficha 10 *Circulaire du 26 janvier 2017*).

Mención especial merece lo dispuesto en el RB II bis refundido en este ámbito, al prever que los documentos públicos y los acuerdos entre partes en materia de responsabilidad parental que tengan fuerza ejecutiva en un Estado miembro deberán ser asimilados a «resoluciones» a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución (art. 65.2º). Por consiguiente, tales decisiones deberán seguir, cuando dicho Reglamento entre en vigor, dicho régimen.

**62.** Por su parte, en relación con aquellas decisiones de custodia y derechos de visita procedentes de Noruega, Dinamarca y Moldavia podrían resultar de aplicación tanto lo dispuesto en el CLH 1996, aplicable al reconocimiento de toda medida de protección adoptada en un Estado miembro, como en el Convenio de Luxemburgo al adoptar un concepto amplio de “resolución”, que considera como tal a toda resolución de una autoridad, en la medida en que se refiera al cuidado de la persona del menor o al derecho de visita [art. 1º c)]. Para determinar cuál de los dos convenios sería de aplicación, habría de estar a lo dispuesto en las cláusulas de concurrencia o de compatibilidad. El problema está en que los dos convenios se limitan a declarar la compatibilidad de sus normas con otros instrumentos convencionales (arts. 19 Convenio de Luxemburgo y 52.1º CH 1996, respectivamente). De ahí que los conflictos que en este ámbito se puedan plantear se hayan de solventar, necesariamente, en atención al principio de eficacia máxima, principio que, en nuestro caso, determinará que se acabe aplicando el Convenio que resulte más favorable al reconocimiento. Por su parte, aquellas decisiones procedentes de Cuba serán reconocidas en España a través de lo dispuesto en el CH 1996.

**63.** España cuenta en este ámbito, además, con una serie de convenios bilaterales susceptibles de ser aplicados. No obstante, su eficacia práctica es nula, puesto que aquellos solo se aplican al reconocimiento de resoluciones judiciales procedentes de órganos jurisdiccionales, como así ocurre con el convenio hispano-chino (art. 16.3º) y el hispano-colombiano (art. 1).

**64.** Por último, y en defecto de normativa institucional e internacional, será de aplicación el régimen autónomo o estatal. En particular, este será aplicable al reconocimiento de aquellas decisiones procedentes sobre guarda y custodia y derecho de visita procedente de China, Colombia y Japón. El régimen estatal se encuentra diseñado tanto en la LCJIMC como en los arts. 11 y 12 de la LJV, que serán de aplicación según cual sea el efecto pretendido.

## VI. Conclusiones

**65.** La disolución no judicial del matrimonio está adquiriendo en los últimos tiempos una importancia práctica innegable. Cada vez son más los Estados que, para descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales y agilizar trámites, atribuyen facultades o competencias a autoridades no judiciales para disolver un matrimonio. La intención del presente trabajo es analizar la eficacia en España de este tipo de divorcios obtenidos en el extranjero. El propósito fundamental del mismo es exponer el grado de dificultad que conlleva para el operador jurídico concretar cuál es el régimen de reconocimiento que resulta aplicable.

<sup>177</sup> BOE de 2 de diciembre de 2010.

**66.** La diversidad existente en Derecho comparado evidencia que ni en todos los supuestos interviene una autoridad ni cuando interviene esta desarrolla la misma función, lo que repercute indudablemente, como hemos demostrado, en la eficacia extraterritorial de tales divorcios en nuestro país.

Asimismo, los diferentes pronunciamientos que pueden obtenerse tras la disolución no judicial de un matrimonio (alimentos, liquidación del régimen económico, responsabilidad parental), así como la pluralidad de fuentes normativas existente en el sistema jurídico español (institucional, convencional y estatal) y la diversidad con la que tales normas definen el concepto de “resolución judicial” a efectos de su aplicación, complica, sobremanera, saber cómo se reconoce en España el divorcio no judicial obtenido en el extranjero.

**67.** Hemos constatado que el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de un divorcio no judicial obtenido en el extranjero depende principalmente del tipo de divorcio no judicial que se obtenga, es decir, si en este ha intervenido una autoridad no judicial desempeñando una función constitutiva o meramente recepticia de la voluntad de los cónyuges, o se trata de un mero divorcio privado en el que no ha intervenido autoridad alguna.

Mayores son los problemas que existen para reconocer en España los divorcios privados, incluso si posteriormente son visados por autoridad extranjera, como se evidenció en el asunto *Sahyouni*, al carecer en DIPr. español de una norma que determine la ley conforme a la cual proceder a su reconocimiento, consecuencia de la desafortunada decisión de política legislativa adoptada de modernizar y simplificar hasta liquidar el contenido del art. 107.2º Código civil.

No sucede lo mismo con el divorcio privado francés. Este puede circular libremente entre los Estados miembros del RB II bis, lo que, a nuestro juicio, resulta no solo criticable, sino que evidencia los excesos y los peligros a los que conduce tanto el principio de confianza europea, como la idea pro reconocimiento que se está expandiendo en los últimos tiempos en las relaciones familiares.

**68.** Por su parte, concretar cuál el régimen del reconocimiento aplicable a los divorcios otorgados por autoridad no judicial extranjera es una cuestión mucho más compleja que dependerá del país del que proceda dicho divorcio, de la fecha de su pronunciamiento y del efecto que se pretenda obtener con su reconocimiento (constitutivo, probatorio, registral, cosa juzgada o ejecutivo). A todo ello hay que sumar que, tales autoridades pueden tener competencia no solo para disolver el matrimonio, sino además para pronunciarse sobre otras cuestiones accesorias al mismo (alimentos, guarda y custodia, liquidación del régimen económico matrimonial).

Concretar cuál es la norma aplicable a su reconocimiento es una tarea difícil, no solo porque las partes pueden pretender el reconocimiento de todos los pronunciamientos (reconocimiento total) o solo de una parte del mismo (reconocimiento parcial), sino también por la pluralidad de fuentes normativas (institucional, convencional y estatales) que existe en Derecho español. Mucha mayor es la complejidad si se repara en un dato, y es que, en ocasiones, la disolución del vínculo y las cuestiones accesorias a la misma, en particular, las relativas a la disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio pueden constar formalmente en documentos diferentes, como así sucede en aquellos divorcios procedentes de Estados que exigen la liquidación previa del régimen matrimonial para acceder a este tipo de divorcios.

Con todo, el dato a tener en cuenta para determinar el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de tales divorcios en España es si la función que desempeña la autoridad que lo pronuncia es o no equivalente a la que realizan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven un vínculo matrimonial.

A la vista de esta realidad, no cabe sino propugnar una especialización en la disciplina por parte los profesionales especialmente vinculados al Derecho de familia.

# EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ERA POSTCOVID

## PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE POSTCOVID ERA

MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Vigo*

ORCID ID: 0000-0001-8116-4549

Recibido: 17.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5968>

**Resumen:** Ante el retroceso de la globalización, generado por las sucesivas crisis económicas acaecidas a lo largo del presente siglo, culminadas con la actual pandemia mundial causada por la COVID-19, el Derecho internacional privado debe hacer frente a los retos que se plantean en el nuevo escenario donde se han de desarrollar las relaciones transfronterizas, cuyo examen constituye el objeto principal del presente trabajo a partir del estudio de una serie de casos significativos.

**Palabras clave:** Derecho internacional privado, justicia civil transfronteriza, protección de datos, recursos genéticos, economía de plataformas.

**Abstract:** Faced with the decline of globalization, generated by the successive economic crises that have occurred throughout this century, culminating in the current COVID-19 global pandemic, private international law must face the challenges that arise in the new scenario where cross-border relations shall develop, being their examination the main object of this work, from the study of a series of significant cases.

**Keywords:** International private law, crossborder civil justice, data protection, genetic resources, platform economy.

**Sumario:** I. Introducción. II. Nuevos modelos de persona y de familia en Derecho internacional privado. 1. La “personalidad electrónica”. 2. La digitalización y la transparencia de las personas jurídicas. 3. La gestación subrogada transfronteriza. III. La sociedad de la hiperinformación. 1. La transferencia internacional de datos desde la UE. 2. El bloqueo geográfico de interfaces en línea. 3. La gobernanza contractual en las plataformas digitales. IV. La justicia civil transfronteriza low-cost de la UE. 1. La plataforma de la UE para resolución en línea de litigios en materia de consumo. 2. El futuro de las acciones colectivas en la UE. 3. La notificación electrónica. V. Hacia un Derecho internacional privado protector de intereses colectivos. 1. La protección de los bienes culturales. 2. La protección internacional de los recursos genéticos. 3. La protección contra inversiones extranjeras. VI. Conclusiones.

### I. Introducción

1. En la década de los años sesenta del pasado siglo, debido al gran crecimiento del comercio internacional, se inició un proceso en los mercados financieros -que entonces afectó fundamentalmente al mercado de divisas- que se consolidaría en la década de los setenta, al abrirse a los mercados de ren-

ta fija (básicamente, deuda pública, obligaciones y bonos). Pero será en la década de los años ochenta cuando por fin alcance a la renta variable<sup>1</sup>, originando así lo que se conocerá como “globalización”, consecuencia directa de unas necesidades de financiación de las empresas que difícilmente se colmaban dentro su propio territorio, lo que las conducía a captar recursos en otros mercados. La globalización de los mercados financieros se entendió que suponía tanto ventajas económicas como ventajas políticas. Entre las primeras, básicamente, la posibilidad de buscar y de realizar inversiones en el extranjero, para lo cual era necesaria una apertura de los mercados que garantizase el acceso a los mismos de las inversiones foráneas, eliminando o, al menos, relajando las trabas al libre flujo de los capitales (siendo éste el sentido en que globalización se opone a segmentación de los mercados). Entre las ventajas políticas, se veía una cierta función fiscalizadora sobre el legislador nacional, ya que los errores de regulación del mercado serían penalizados: un mercado excesivamente regulado que impusiera costes no competitivos sobre las transacciones sería evitado; del mismo modo que un mercado infrarregulado resultaría demasiado arriesgado para los inversores foráneos, que renunciarían al mismo<sup>2</sup>.

2. Los atentados contra el *World Trade Center* de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001, marcaron el comienzo del declive en el proceso de globalización descrito, que se había venido asociando con una concepción salvaje del capitalismo, impulsada por Ronald Reagan en los Estados Unidos y por Margaret Thatcher en el Reino Unido, haciendo prevalecer el beneficio de los accionistas ante cualquier toma de decisión empresarial relevante (*Shareholder Capitalism*). En diciembre de ese mismo año, se produjo la quiebra del gigante energético Enron, primer distribuidor a nivel global, que facturaba cifras del orden de 100.000 millones de dólares anuales. La fecha coincide también con el punto álgido del pinchazo en la burbuja de las empresas punto.com, que se había venido desinflando desde marzo de 2000, provocando unos cinco billones de dólares en pérdidas de valor de las compañías tecnológicas, hasta octubre de 2002. Momento en que comenzó a gestarse la siguiente gran crisis, relacionada con las denominadas hipotecas *subprime*, entre 2002 y 2006, que estalló en los Estados Unidos en 2007, llevándose por delante a Lehman Brothers, el cuarto banco de inversión más grande de los Estados Unidos, declarado en quiebra el 15 de septiembre de 2008. Como es sabido, la crisis -conocida como la Gran Recesión- no tardó en contagiarse a Europa, en general, y a España, en particular, prolongándose en nuestro país hasta el año 2014, según los datos del INE<sup>3</sup>, aunque tardaría varios años más en recuperar algunas de sus variables más importantes. Pero, en cualquier caso, apenas un lustro después, el 31 de diciembre de 2019, se reporta a la OMS de Wuhan (China) la existencia de una serie de casos de una neumonía de origen desconocido con el epicentro en un mercado de pescado local. El resto de la historia ha copado los titulares de la prensa internacional a lo largo del año 2020, continuando en el 2021, por lo que es de sobra conocida. Quedan todavía meses de la pandemia que ha asolado al mundo durante el último año, cuyos efectos socioeconómicos posiblemente permanecerán durante mucho más tiempo del deseable. Parece el momento de pasar del *Shareholder Capitalism* al *Stakeholder Capitalism*.

3. El panorama que han dejado las sucesivas oleadas de crisis descritas en el párrafo anterior ha dado lugar así, entre otros aspectos relevantes en el ámbito internacional, a un reforzamiento de las fronteras nacionales, a un mayor intervencionismo del Estado en la economía y a una modulación de ese capitalismo salvaje aludido en favor de un modelo más pendiente de los beneficios para todas las partes interesadas sobre la base de los principios del desarrollo sostenible<sup>4</sup>. Todos estos factores influyen en el

<sup>1</sup> Puede verse con más detalle esta evolución en M. OBSTFELD, “The Global Capital Market: Benefactor or Menace?”, *Journal of Economic Perspectives*, 1998, pp. 9-30, pp. 11-12.

<sup>2</sup> Vid. H. BAUM, “Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses”, en J. BASEDOW (Coord.) *Legal Aspects of Globalization*, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 77-132, pp. 79-80, M. OBSTFELD, *loc. cit.*, *passim*; C. C. von Weizsäcker, *Logik der Globalisierung*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1999; P. KRUGMAN, *Der Mithos vom globalen Wirtschaftskrieg*, Frankfurt an Main, Campus, 1999.

<sup>3</sup> Vid. [https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2014/140227\\_NP\\_rpCN4T13.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2014/140227_NP_rpCN4T13.pdf)

<sup>4</sup> El *Stakeholder Capitalism* es el mensaje popularizado por Klaus Schwab, cofundador del Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), lanzándolo como forma de “moldear” el capitalismo para hacerlo inclusivo (*vid.*, por todos, R. E. FREEMAN y K. E. MARTIN, “Stakeholder Capitalism”, *Journal of Business Ethics*, vol. 74/4, 9/2007, pp. 303-314).

comercio internacional donde, además, cuestiones clave, como el complejo equilibrio entre la protección de datos y la transparencia, la evolución exponencial de la economía de plataformas y la necesidad de articular vías más rápidas y asequibles para la resolución de conflictos, abren nuevos frentes de problemas en el entorno transfronterizo, a los que el Derecho internacional privado (particularmente, desde la UE) debe ofrecer una respuesta adecuada. Pero también otros sectores habitualmente menos susceptibles de ofrecer novedades de gran calibre en nuestra disciplina, como puede ser en el ámbito del Derecho de la persona o el de la familia, están experimentando un giro radical en sus paradigmas de una forma que hubiera sido insospechada siquiera a inicios del presente siglo. Para abordar el análisis de la situación actual, cabe recordar que los fenómenos cotidianos pueden acceder al plano eidético mediante una hermenéutica que asuma el dinamismo jurídico, en la línea de pensamiento iniciada a principios del siglo XX por ADOLF REINACH, discípulo de EDMUND HUSSERL, dando paso al análisis fenomenológico en el terreno del Derecho privado<sup>5</sup>. Así, la intención del presente trabajo es reportar un catálogo de supuestos con suficientes cantidad y variedad de la que se pueda inducir el sentido del Derecho internacional privado a las puertas de la nueva década. Aun reconociendo que la novedad absoluta en la investigación jurídica es difícil de alcanzar<sup>6</sup>, ciertamente, en palabras del prócer cubano JOSÉ MARTÍ, “todo está dicho ya; pero las cosas, cuando son sinceras, son nuevas”. De ahí que una perspectiva como la presente, en tanto se considere honesta, pueda aparecer también como novedosa. La exposición de los distintos problemas se dividirá en cuatro bloques, a saber: los nuevos modelos de persona y familia; la sociedad de la (hiper)información; la implementación en la UE de una justicia civil<sup>7</sup> transfronteriza *low cost*; y lo que se podría denominar un Derecho internacional privado “híbrido”, para la protección de concretos intereses colectivos.

4. El primer bloque anunciado se refiere a cuestiones propias del Derecho de la persona y de la familia, abordando desde una perspectiva transfronteriza los nuevos modelos surgidos en ambos sectores. Así, en primer lugar, se presenta la controvertida idea de una categoría diferenciada, además de la correspondiente a la persona física y la persona jurídica, bajo la posible denominación de “persona electrónica”, en el entorno de los problemas legales que genera la existencia de robots y el uso de mecanismos de inteligencia artificial (el “Internet de las cosas”); en segundo lugar, dentro de este núcleo de cuestiones que atañen a la persona, se incluye asimismo la nueva regulación europea que concierne a la digitalización y transparencia de las sociedades; y, para finalizar este primer conjunto de situaciones, se analiza, en el ámbito del Derecho de familia, el fenómeno de la denominada “gestación subrogada” o “por sustitución” en su dimensión transfronteriza. El segundo bloque de asuntos alude a la denominada “sociedad de la información”, caracterizada en el momento presente por el exceso y la hipertrofia, aspecto que engloba tres cuestiones diferentes: en primer lugar, los problemas que plantea la protección de datos personales, desde el punto de vista de la regulación que precisa su transferencia internacional; a continuación, se trata la situación abierta en el ámbito del derecho del consumo ante el bloqueo geográfico a determinados servicios en Internet; y se termina este conjunto analizando las posibilidades de gobernanza en las plataformas digitales, a través de mecanismos de participación ciudadana. El tercer bloque versa sobre asuntos relativos al Derecho procesal civil internacional, bajo la denominación genérica de “justicia civil transfronteriza *low cost* en la UE”, donde se exponen las nuevas soluciones que intentan agilizar, facilitar y abaratar la tutela judicial civil efectiva, particularmente, de consumidores y usuarios. En el mismo, se exponen nuevas fórmulas surgidas a este respecto, como la plataforma de la UE para la resolución online de conflictos en materia de consumo; el futuro de las acciones colectivas transfronterizas, como

<sup>5</sup> “Die Erforschung der ewigen Seinsgesetze welche in den reinen rechtlichen Grundbegriffen gründen” [*Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Kössel Verlag, München, 1953 (original de 1913), p. 164].

<sup>6</sup> Algunas cuestiones que serán expuestas fueron ya avanzadas en su día, por F. GARAU SOBRINO, “El Derecho internacional privado que viene: el futuro ya está aquí”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XVII, 2017, pp. 303-332; *id.*, “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2012, vol. 4/2, pp. 140-158.

<sup>7</sup> Se adopta aquí la denominación “justicia civil”, frente a otras posibles, por encontrarla más ajustada a las particularidades que reviste la prestación de la tutela judicial efectiva en el Derecho procesal civil internacional actual, particularmente, en la UE (al igual que hace C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Justicia civil en la Unión Europea: evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017, *passim*).

vía idónea para la tramitación de los hiperprocedimientos multitudinarios que nacen a consecuencia de la masificación de las relaciones comerciales; y se concluye con la situación actual y el futuro inmediato de la administración electrónica, aplicada a la cooperación judicial en asuntos civiles. Finalmente, el último capítulo se dedica básicamente a problemas a caballo entre el Derecho internacional privado y el público -de ahí el calificativo empleado de “híbrido”- centrado en la protección de una serie de intereses colectivos -reflejo también de los tiempos que vivimos: los relativos a los bienes culturales, a los recursos genéticos y a las inversiones extranjeras.

## II. Nuevos modelos de persona y de familia en Derecho internacional privado

### 1. La “personalidad electrónica”

5. El término “inteligencia artificial” (IA) fue acuñado con motivo de una conferencia de verano celebrada en Dartmouth (USA) en 1955<sup>8</sup>, definiéndose entonces como “la ciencia y la ingeniería de fabricar máquinas inteligentes, en especial programas inteligentes de computación” (entendiendo por “inteligente” la parte de la informática orientada a obtener resultados). Desde entonces, hemos asistido a una evolución tecnológica exponencial en este sector, particularmente, desde los albores del presente siglo, pasando así por diversas fases, desde la conexión a Internet de las personas hasta llegar al actual “Internet de las cosas”; aunque no siempre el desarrollo tecnológico haya ido acompañado del correspondiente y deseable en el plano legislativo, dado que la robótica avanza problemas a los que las normas no siempre dan respuesta adecuada<sup>9</sup>. Conscientes de esta situación, en el marco de la UE han encontrado impulso una serie de iniciativas tendentes a “adoptar un planteamiento coordinado que le permita aprovechar al máximo las oportunidades que brinda la IA y abordar los nuevos retos que conlleva”<sup>10</sup>. Por lo que se refiere al ámbito jurídico, destacan especialmente dos: el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica<sup>11</sup>; y la Resolución del Parlamento Europeo sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica<sup>12</sup>. Dejando aparte los compromisos éticos y políticos generales que ambos textos recogen y centrándonos en el ámbito del Derecho privado, aunque el panorama abarca un conjunto amplio de problemas, ciertamente destaca el relativo al que plantea la responsabilidad por daños a terceros, junto al cual se sitúan, en ocasiones por conexión con el mismo, cuestiones relativas a propiedad intelectual, protección de datos personales o seguros, aunque sin descartar otros sectores, como la responsabilidad contractual<sup>13</sup> o, incluso, la eventual atribución de una “personalidad electró-

<sup>8</sup> J. MCCARTHY, M. L. MINSKY, N. ROCHESTER y C. SHANNON, “A Proposal for the Dartmouth Summer Conference on Artificial Intelligence”, *Conference Announcement*, 31 August de 1955 (disponible en <http://stanford.io/1bqrAR1>). Ciertamente existe una amplia variedad de definiciones y de conceptos a manejar, muchos de ellos todavía controvertidos. Habida cuenta de las limitaciones de espacio que impiden profundizar en estos aspectos terminológicos, aquí se utilizarán “robótica” e “inteligencia artificial” como fungibles, aun siendo conscientes de los diferentes matices entre una y otra noción (*vid.*, por ejemplo, las aclaraciones a este respecto de S. NAVAS NAVARRO, “Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 20, 2016, pp. 82-109, pp. 86-91).

<sup>9</sup> M. J. SANTOS GONZÁLEZ, “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 4, 2017, pp. 25-50, p. 27, cita varios ejemplos.

<sup>10</sup> *Inteligencia artificial para Europa*, COM(2018) 237 final, Bruselas, 25 de abril de 2018 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones).

<sup>11</sup> Doc.A-8-0005/2017, de 27 de enero de 2017 (disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_ES.html)).

<sup>12</sup> Doc. P8-TA(2019)0081, de 12 de febrero de 2019, (disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_ES.html)).

<sup>13</sup> F. GARAU SOBRINO, “El Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 305-310, trata de manera diferenciada respecto de los problemas generales de la inteligencia artificial un supuesto como el de los denominados “*smart contracts*” que, no obstante, podría ser incluido dentro de aquéllos si se maneja un concepto más amplio de IA, estableciendo un conjunto de casos que abarque no solo las máquinas, sino también “una abanico de supuestos cuyo denominador común es el tratarse de algoritmos, que se escriben en código binario, y que pueden responder a una finalidad prediseñada”, como sucede precisamente con los contratos inteligentes (S. NAVAS NAVARRO, *loc. cit.*, p. 87).

nica”, como nueva figura diferenciada de las personas físicas y jurídicas, dadas las peculiaridades del nuevo fenómeno<sup>14</sup>. De este modo, en el punto 59 f) del Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos se defiende “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”. En todo caso, ciertamente, los aspectos civiles presentes en la regulación de la inteligencia artificial abren la puerta al empleo de los mecanismos propios del Derecho internacional privado en asuntos con proyección transfronteriza en este ámbito.

6. Habida cuenta de que el análisis de cada problema, a los efectos de este trabajo, será necesariamente sintético, cabe detenerse aquí en dos apuntes extraídos del citado Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos. En primer lugar, “subraya que un enfoque a escala de la Unión puede facilitar el desarrollo, evitando la fragmentación del mercado interior, y pone de relieve, al mismo tiempo, la importancia del principio de reconocimiento mutuo en el uso transfronterizo de robots y sistemas robóticos; recuerda que la realización de ensayos, la certificación y la autorización de comercialización deberían exigirse solo en un Estado miembro; destaca que este enfoque debería complementarse con una vigilancia de mercado eficaz”<sup>15</sup>. En segundo lugar, “constata que no es necesario modificar de forma sustantiva y con carácter de urgencia las actuales normas de Derecho internacional privado en materia de accidentes de tráfico aplicables en la Unión para adaptarlas al desarrollo de los vehículos autónomos, si bien considera que la simplificación del actual sistema dual con el que se determina la legislación aplicable (basado en el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera) podría mejorar la seguridad jurídica y limitar las posibilidades de búsqueda del foro más favorable”<sup>16</sup>. Estos dos vectores pueden servir de base para una sucinta aproximación desde la perspectiva del Derecho internacional privado a los problemas transfronterizos de la IA. El primero, pone de relieve la dialéctica entre el país de origen y el país de destino, trasladable al ámbito de la responsabilidad extracontractual, reflejando una tensión que, desde la óptica del legislador comunitario, a los efectos del mercado interior y del reconocimiento mutuo, tiende a hacer prevalecer la opción por el primero en detrimento del segundo. El otro apunte refleja la necesidad de simplificar el sistema. En este sentido, la propuesta de un “estatuto personal electrónico” puede no resultar disparatada si, como sucede por ejemplo con las personas jurídicas, el ámbito de aplicación de ley rectora fuese lo suficientemente amplio como para permitir la sujeción de un conjunto de cuestiones a un mismo ordenamiento. Aquí, soluciones basadas en el país de origen se han barajado en ámbitos de particular complejidad, como la propiedad intelectual. Un “país de origen” del robot (a modo de “nacionalidad” del mismo) podría cobrar así especial protagonismo en este sector, al menos en el mercado interno europeo. Fuera del mismo, el juego de la cláusula de orden público permitiría corregir eventuales disfunciones del sistema, previniendo así la aparición de eventuales “paraísos robóticos”<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> *Vid.*, las consideraciones a este respecto de M. J. SANTOS GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 40-46, que se muestra más bien partidaria de esta opción; en contra, en su momento, parece S. NAVAS NAVARRO, *loc. cit.*, pp. 93-94.

<sup>15</sup> Doc. A8-0005/2017, *cit.*, “Principios generales relativos al desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil”, ap. 4.

<sup>16</sup> Doc. A8-0005/2017, *cit.*, “Aspectos internacionales”, ap. 60.

<sup>17</sup> Recientemente, A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020, ha avanzado una teoría según la cual la UE ha llegado a ser el regulador global hegemónico, disfrutando de una suerte de poder silencioso y estratégico (denominado por la autora “efecto Bruselas”) que fuerza a las grandes empresas multinacionales -ávidas de hacerse un hueco en un mercado tan suculento por numeroso y por elevada renta per cápita como el europeo- a ajustarse voluntariamente a los estándares legales de la UE, en diversos ámbitos, de modo que la “*race to the bottom*” se sustituye por una “*race to the top*”, situación que, en términos de una dinámica que favoreciese las conexiones con el país de origen, podría reducir algunas de las objeciones típicas tradicionalmente asociadas a dicha solución, como la apuntada en el texto.

## 2. La digitalización y la transparencia de las personas jurídicas

7. El acceso a las nuevas herramientas digitales refuerza el proceso de integración del mercado común europeo, extendiéndose también a las compañías de la UE, donde esta tendencia cumple dos objetivos fundamentales<sup>18</sup>. En primer lugar, la puesta en marcha de la actividad económica se agiliza, lo que cobra especial importancia en las relaciones transfronterizas. En segundo lugar, la información relevante para las sociedades ve incrementada su circulación entre los EE.MM., reforzando así la transparencia y, por tanto, la confianza de los operadores, al garantizar un nivel homogéneo de control en toda la U.E., frente a determinados riesgos, como las prácticas abusivas, fraudulentas o interesadas. De ahí que se haya planteado examinar la interrelación entre el empleo herramientas digitales y la transparencia de la actividad de las sociedades en sus actuaciones transfronterizas<sup>19</sup>. Todo ello, finalmente, va a repercutir de forma positiva en la libertad de establecimiento que dispone el artículo 49 TFUE. Tras fracasar el proyecto de *Societas Unius Personae* (SUP) -primero en favorecer la constitución y gestión de sociedades íntegramente por vía electrónica<sup>20</sup>, llega la Directiva 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, dentro del llamado *Company Law Package*, conjunto de medidas propuesto por la Comisión Europea en abril de 2018, que también incluía las modificaciones estructurales transfronterizas<sup>21</sup>. La Directiva 2019/1151 reforma la 2017/1132, codificando las existentes en materia de Derecho europeo de sociedades y fijando estándares comunes en: a) identificación y acceso a información societaria en plataformas electrónicas; b) constitución en línea de sociedades; c) registro en línea y cierre de sucursales; d) publicidad registral. El plazo de transposición de esta norma al ordenamiento español concluye el 21 de agosto de 2021 y a ello cabe unir que el 10 de junio de 2019 finalizó el plazo de transposición de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas<sup>22</sup>, donde se incluye tanto la cadena de transmisión del derecho de voto como el empleo de medios electrónicos en el asesoramiento a sociedades que prestan los *proxy advisors*.

8. En el contexto expuesto, siguiendo la estructura de la normativa apuntada, cabe examinar los procesos de transparencia y digitalización en materia de sociedades desde la perspectiva tanto de las sociedades cerradas como de las cotizadas. Desde la primera, los aspectos que recoge la Directiva 2019/1151 en materia de digitalización pueden abordarse, por un lado, en relación con la constitución de sociedades y sucursales por medios telemáticos, donde la Directiva exige que el proceso pueda com-

<sup>18</sup> D. ZETZSCHE, “Corporate Technologies – Zur Digitalisierung im Aktienrecht”, *Aktien Gesellschaft*, nº 1-2, 2019, pp. 1-17.

<sup>19</sup> L. FERNÁNDEZ DEL POZO Y F. VICENT CHULIÁ, “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 237, 2000, pp. 915-1002.

<sup>20</sup> G. ESTEBAN VELASCO, “La Propuesta de Directiva sobre la Societas Unius Personae (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 55, 2015, pp. 105-164; C. TEICHMANN y A. FRÖLICH, “Societas Unius Personae (SUP): Facilitating Cross-Border Establishment”, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, nº 3, 2014, pp. 536-544; M.P. WELLER y J. BAUER, “Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae”, *Zeitschrift für Europäisches Prozessrecht*, nº 1, 2015, pp. 6-31. Más recientemente, L. A. VELASCO SAN PEDRO, “De la *societas privata europaea* a la *societas unius personae* en las propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2017, pp. 327-341.

<sup>21</sup> C. TEICHMANN, “The Company Law Package – Content and State of Play”, *European Company and Financial Law Review*, 1-2, 2019, pp. 3-14; M. FUENTES NAHARRO, “Hacia la mejora del Derecho de Sociedades de la Unión Europea en materia de digitalización de la vida societaria y de facilitación de operaciones transfronterizas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 150, 2018, pp. 275-276.

<sup>22</sup> Pendiente de aprobación, al momento de redactar estas líneas, el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, presentado el 7 de septiembre (disponible en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-28-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-28-1.PDF)), por el que se traspone la Directiva 2017/828. Tanto ella como la norma española de transposición se ocupan de las deficiencias de transparencia ocasionadas por la intervención de intermediarios que se sirven de medios electrónicos para realizar su actividad. La Comisión Europea había remitido el pasado 2 de julio una notificación al Gobierno español pidiéndole explicaciones por el retraso en la transposición.

pletarse íntegramente en línea, suprimiendo así cualquier trámite que suponga una presencia física<sup>23</sup>, excepto la intervención notarial<sup>24</sup>. Aquí, la norma permite también examinar la relación entre la autonomía de la voluntad reflejada en los estatutos y el control de legalidad en la constitución; así como la función que corresponde a las sucursales dentro de las actividades transfronterizas de la empresa<sup>25</sup>. Por otro lado, cabe mencionar asimismo la interconexión entre registros, en especial, por lo que se concierne a la inhabilitación de los administradores: cuando la Directiva obliga a que todos los EE.MM. adopten disposiciones sobre inhabilitación, está armonizando indirectamente, de forma sustantiva y parcial<sup>26</sup>; además, la ausencia de un principio sobre reconocimiento de causas de inhabilitación provoca que éstas queden limitadas con un alcance puramente interno, pese a permitir que los EE.MM. reconozcan como causa de inhabilitación la producida en otro E.M., en sociedades constituidas según su legislación (art. 13 decies 2.II Directiva 2017/1132). Finalmente, la Directiva anima a que los EE.MM. establezcan controles de diferente carácter en el sector de la prevención y abuso del fraude, autorizando la extensión del procedimiento de constitución y registro en casos de sospecha (arts. 13 ter y decies Directiva 2017/1132, versión reformada)<sup>27</sup>. Por su parte, desde la perspectiva de las sociedades cotizadas, cabe considerar la Directiva (UE) 2017/828, relativa al fomento de la implicación de los accionistas. En relación con la misma, destaca el asunto relativo a la información y transmisión del derecho de voto, en concreto, a la falta de transparencia en la cadena de intermediarios; donde es posible referirse tanto a la identificación del accionista -incluyendo beneficiarios- como a la transmisión de información sobre el ejercicio de derechos entre intermediarios financieros para facilitar el ejercicio de los derechos del socio y combatir la discriminación en el precio del servicio de custodia transfronterizo, mediante herramientas electrónicas<sup>28</sup>. En segundo lugar, no se pueden olvidar los problemas que plantea el voto robotizado, puesto que las guías de los asesores pueden contener indicaciones sobre el sentido recomendado del voto en relación con distintos puntos del orden del día<sup>29</sup>; es en este marco donde la posibilidad de un voto

<sup>23</sup> S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, "Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practitioner's Perspective", *European Company and Financial Law Review*, nº 1-2, 2019, pp. 149-18; algo que ya se contempla de forma generalizada en el caso español (F. J. ALONSO ESPINOSA, "Telemática y derecho de sociedades", *Diario La Ley*, nº 7800, 2012).

<sup>24</sup> La Directiva permite a los EE.MM. donde intervenga un notario para la constitución mantener ese sistema, siempre que el trámite se realice por vía digital (art. 13 octies de la Directiva 2017/1132, versión reformada por la Directiva 2019/1151).

<sup>25</sup> El cauce más escogido para seleccionar la *lex societatis* de un E.M. distinto al de la sede real suele ser la sucursal: SSTJUE 9 marzo 199, *Centros*, 212/7; 5 noviembre 2002, *Überseering*, 208/00; y 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, 167/01. Asimismo, R. ARENAS GARCÍA, *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp 113 y ss; J. A. RUEDA MARTÍNEZ, *La sucursal: algunos aspectos de su régimen jurídico*, Barcelona, Bosch, 1990. Fuera de España, *vid.* W. SCHÖN, "The Free Choice between the Right to Establish a Branch and to Set-up a Subsidiary - A Principle of European Business Law", *European Business Organization Law Review*, nº 2, 2001, pp. 339-364.

<sup>26</sup> Sobre estas cuestiones, J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, "Mínima de malis eligenda": cinco tesis sobre el artículo 213.1 de la Ley de Sociedades de Capital, *Revista de Derecho Mercantil*, 310, 2018, p. 2 y ss.; E. M. BELTRÁN SÁNCHEZ, "Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", en A. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y A. BELTRÁN SÁNCHEZ (Dir.) y A.B. CAMPUZANO LAGUILLO (Coord.), *Comentario de la Ley concursal*, t. II, Madrid, Civitas, 2004, pp. 3240-3257; J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004, pp. 116 y ss; N. FERNÁNDEZ PÉREZ, "La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación de los supuestos de concurso de sociedades mercantiles", en AA.VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 457-489; A. ARRIBAS HERNÁNDEZ, "La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación", *Revista Catalana de Dret Public*, nº 14, 2011, pp. 97-105.

<sup>27</sup> No es pacífica la respuesta jurídica ante ciertas estrategias empleadas para obtener ventajas fiscales indebidas o perjudicar intereses de terceros (como puede ser los socios minoritarios, los acreedores y los trabajadores). A este respecto, E. SCHOLLMAYER, "Die „künstliche Gestaltung“ – der Herr Tur Tur unter den Rechtsfiguren", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 25, 2018, pp. 977-978; European Company Law Experts, *The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment*, September 2018, disponible en <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/the-commissions-2018-proposal-on-cross-border-mobility-an-assessment-september-2019/>.

<sup>28</sup> D. ZETZSCHE, "Know Your Shareholder. Der intermediärgestützte Aktionärsbegriff und das Hauptversammlungsverfahren: zur Umsetzung des Kapitels Ia der reformierten AktionärsrechteRL", *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, nº 1, 2019, pp. 1-38.

<sup>29</sup> A. B. PERDICES HUETOS "Los asesores de voto", en AA.VV., *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 569-580; A. GALLEGO CÓRCOLES, *Asesores de voto ("proxy advisors") y el ejercicio del derecho de voto en las sociedades cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2014; A. EMPARANZA SOBEJANO, "Asesores de voto: Transparencia y alcance de las recomendaciones de voto", en A. RONCERO SÁNCHEZ (COORD.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, vol. 1, 2019, pp. 1423-1452. Sobre este aspecto concreto en el marco de la Directiva, J. BOQUERA MATARREDONDA, "Las entidades asesoras de voto para la implicación de los socios en las sociedades cotizadas según la Directiva 2017/828", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 306, 2017, pp. 459-485.

robotizado cobra fuerza, como próximo hito en el uso de herramientas digitales por los prestadores de este servicio (bien el asesor, bien un tercero), de modo que lo pueda emitir automáticamente tanto una plataforma como una aplicación del gestor de activos, sobre la base de las indicaciones formuladas por el *proxy advisor*<sup>30</sup>.

### 3. La gestación subrogada transfronteriza

9. Fue en la década de los setenta del pasado siglo cuando comenzaron a aparecer fórmulas alternativas para colmar los deseos de formar una familia cuando no era posible mediante la reproducción tradicional, conociéndose por las siglas TRHA (técnicas de reproducción humana asistida). Desde su inicio, las TRHA han planteado problemas jurídicos muy variados, particularmente, como es lógico, en el sector del Derecho civil de familia y, por extensión, en el del Derecho de familia internacional, dada su contribución a la configuración de los distintos modelos de familia -heteroparental, homoparentales y monoparental- que conviven en la actualidad y, en particular, a la expansión de la noción de filiación. Una de esas técnicas -al menos, denominada como tal por la OMS- ha hecho correr auténticos ríos de tinta, especialmente, en la última década<sup>31</sup>. Se trata de la denominada “gestación subrogada” o también “maternidad por sustitución”. Existe así un amplísimo debate doctrinal, a nivel nacional e internacional, donde se han planteado y analizado cuestiones esenciales sobre tal figura, desde los más diversos puntos de vista (médico, psicológico, ético, económico, jurídico...), confrontando la diferentes posiciones presentes en torno al fenómeno; sin olvidar aportaciones como la del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), particularmente relevantes en materia de inscripción de este tipo de filiación en supuestos transfronterizos, como es sabido. Por su parte, también el legislador español se ha

<sup>30</sup> T. M. DOYLE, “The realities of robo-voting”, *American Council for Capital Formation*, noviembre de 2018 ([https://accfcorgov.org/wp-content/uploads/ACCF-RoboVoting-Report\\_11\\_8\\_FINAL.pdf](https://accfcorgov.org/wp-content/uploads/ACCF-RoboVoting-Report_11_8_FINAL.pdf)).

<sup>31</sup> Tan solo en España, y sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar al menos los siguientes trabajos sobre este asunto: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. X, 2010, pp. 339-377; I. BRENA SESMA, “Maternidad subrogada”, en C. M. ROMEO CASABONA, (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo II, Granada, Comares, 2011; M. J. CABEZUDO BAJO, “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 46, 2017; 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*, n° 7, octubre 2015; M. CORERA IZU, “Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil”, *Revista Jurídica La Ley*, n° 8813, 28 julio 2016; E. CORRAL GARCÍA, “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 38, 2013; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Revista Jurídica La Ley*, n° 7501, 3 noviembre 2010; A. DURÁN AYAGO, “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 11, n° 2, 2019, pp. 575-582; *id.* “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los caos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, vol. XII, 2012, pp. 265-308; E. FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011; J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España”, *Revista Jurídica La Ley*, n° 8363, 28 julio 2014; M. GUZMÁN ZAPATER, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. X, 2010, pp. 731-743; I. HEREDIA CERVANTES, “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXVI, n° 2, 2013; F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Ed., Reus, Madrid, 2012; E. LAMM, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Biotética y Derecho*, n° 24, 2012; C. LASARTE, “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Revista Jurídica La Ley*, n° 7777, 17 enero 2012; J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ Y MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “La determinación legal de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi*, n° 9, 2014; M. A. SÁEZ-SATURTÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Jurídica La Ley*, n° 8293, 15 de abril 2014; P. A. TALAVERA FERNÁNDEZ, “Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2017, n° 2; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia*, n° 53, 2011, pp. 67 y ss.; *id.*, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012; *id.*, *Técnicas de gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas para su eficacia en España*, Madrid, Reus, 2015.

enfrentado con los problemas de la infertilidad a la vez que se consolidaban los tres modelos de familia que coexisten hoy en España<sup>32</sup>. Como consecuencia de dicho marco, se atribuye la filiación por naturaleza a los padres de intención aunque, en ciertos casos, no aporten su material genético. En particular, la gestación por sustitución fue regulada tanto por la LTRHA 14/2006 como por su predecesora, la Ley 35/1988, pero para dejar sin efecto el contrato entre la gestante y los padres de intención<sup>33</sup>; siendo esa falta de autorización precisamente uno de los factores que ha contribuido a desencadenar el incremento exponencial de los casos de subrogación transfronteriza, junto con la evolución de las técnicas médicas y la permisividad a estos efectos por parte de numerosos países extranjeros.

**10.** Lejos de estar cerrado, el debate sobre la regulación de la gestación subrogada -a nivel interno y, por tanto, también transfronterizo- continúa vigente<sup>34</sup>. Y la Conferencia Internacional de La Haya no ha sido ajena al mismo, estando su Oficina Permanente pendiente del estudio de los problemas de Derecho internacional privado relativos a la paternidad legal, así como en relación con los acuerdos internacionales de subrogación. De este modo, en 2015, el Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) decidió que se debería convocar un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad de avanzar en el trabajo en esta área<sup>35</sup>, a partir especialmente de su estudio previo llevado a cabo en 2014<sup>36</sup>. La parte del estudio que interesa destacar aquí es el apartado B, donde se expone un panorama del Derecho internacional privado comparado y las reglas de cooperación que conciernen a este asunto<sup>37</sup>. Así, la parte central de dicho capítulo se subdivide en cinco grandes apartados: a) registro del nacimiento y establecimiento de la paternidad, b) posible reconocimiento de la paternidad ya establecida en el extranjero, c) normas de Derecho internacional privado relativas a la impugnación de la paternidad<sup>38</sup>, d) efectos

<sup>32</sup> La Ley 14/2006, de 26 de mayo, regula las TRHA; en concreto, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones, así como la transferencia intratubárica de gametos (Anexo A de la LTRHA). Por su parte, a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se suman la Ley 13/2005, de 1 de julio que prevé el matrimonio homosexual (junto con las distintas Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho) y la LO 3/2007, de 22 de marzo, reguladora de la igualdad entre el hombre y la mujer. El problema de las implicaciones transfronterizas de los matrimonios del mismo sexo también ha sido ampliamente tratada por la doctrina española; en este sentido, *vid.*, por todos, en general, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la UE”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 700, 2007, pp. 443-475. Más reciente, sobre los aspectos patrimoniales, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 8-50; *id.*, “Cuestionario práctico sobre los Reglamentos de la UE 2016/1103 (matrimonios) y 2016/1104 (uniones registradas)”, *La Notaría*, nº 1, 2019, pp. 81-89.

<sup>33</sup> El art. 10.1º LTRHA 14/2006 ha previsto la nulidad de dicho contrato y en sus párrafos 2º y 3º se establecen las consecuencias legales de dicha nulidad al señalar, respectivamente, que la “filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” y que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (en virtud de los arts. 764 y ss. de la LEC, que regulan las acciones a llevar a cabo para la determinación legal de la filiación).

<sup>34</sup> En España, ha habido a este respecto propuestas de regulación auspiciadas por grupos sociales (como la Asociación para la Gestación Subrogada de España y la Sociedad Española de Fertilidad) así como por el partido político Ciudadanos (Proposición de Ley nº 20170627).

<sup>35</sup> Hasta ahora, las reuniones del Grupo de Expertos se han celebrado en febrero de 2016, enero-febrero de 2017, febrero de 2018, septiembre de 2018, enero-febrero de 2019 y octubre-noviembre de 2019 (informes disponibles en <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>). En marzo de 2020, el CGAP renovó el mandato del Grupo de Expertos por dos años y respaldó la continuación del trabajo de acuerdo con el último informe, señalando que el trabajo debería centrarse en desarrollar un instrumento general de derecho internacional privado sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación legal; así como un protocolo separado sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de paternidad legal dictadas como resultado de acuerdos internacionales de subrogación. Circula, no obstante, una petición en redes de la denominada CIAMS (Coalición Internacional para la Abolición de la Maternidad Subrogada) para solicitar la paralización del proyecto, alegando que supondría la legalización de facto a nivel internacional de una práctica de explotación reproductiva.

<sup>36</sup> Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

<sup>37</sup> El estudio incluye otros dos grandes bloques: el primero (A) se refiere al establecimiento e impugnación de la filiación en Derecho interno; el último (C) desarrolla un análisis más exhaustivo de los convenios en materia de gestación subrogada internacional.

<sup>38</sup> Sobre estas cuestiones con carácter general en Derecho internacional privado español, *vid.*, por todos, D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8/2, 2016, pp. 34-54.

jurídicos del reconocimiento y e) desarrollos legales en Derecho internacional privado. En relación con el primer núcleo de cuestiones (a), se distinguen cuatro grupos de Estados, para la asunción de competencia sobre el nacimiento en el extranjero del menor cuyo registro se pretende: aquéllos en que la única circunstancia en que las autoridades competentes asumirán jurisdicción para registrar el nacimiento de un niño es que se haya informado del nacimiento en el territorio de su Estado (por lo que no es posible el registro cuando se produjo en el extranjero); aquéllos que permiten el registro cuando uno de los padres es nacional de tal Estado, aunque el nacimiento fuera en el extranjero; los que, en general, no permiten el registro de nacimiento en el extranjero, salvo en situaciones limitadas (p.e., si el registro no ha sido posible en el Estado de nacimiento); y un Estado que permitía hasta 2014 (Suecia) registrar el nacimiento en el extranjero si la madre figuraba en su registro. En cuanto al segundo núcleo de cuestiones (b), el posible reconocimiento de la paternidad establecida en el extranjero, el informe distingue según el documento que se aporte: o bien un certificado de nacimiento extranjero (donde se concluye que la mayoría de los Estados lo reconocen siempre que sea válido según la ley aplicable de acuerdo con su propio sistema conflictual), o bien un reconocimiento voluntario (para el que una mayoría de Estados aplican el mismo criterio que en el caso anterior), o bien una resolución judicial extranjera (donde la mayoría de los Estados aplican su sistema de reconocimiento de resoluciones judiciales). Sobre el tercer grupo de problemas (c), se concluye que en la mayoría de los Estados la impugnación de la filiación tiene lugar ante la jurisdicción ordinaria. En cuanto a los efectos jurídicos del reconocimiento (d), en una mayoría de Estados se trata de una cuestión que queda regida por su ley del foro (aunque en algunos existe una norma específica de Derecho internacional privado). Y en relación con la última cuestión (e) se destaca que el desarrollo normativo principal en los Estados sobre este conjunto de materias se refiere, precisamente, a la gestación subrogada, de modo específico.

**11.** Por lo que se refiere al caso concreto de España, es de público conocimiento que existen actualmente dos vías para poder reconocer la filiación de menores nacidos a raíz del empleo de esta técnica reproductiva -llevada a cabo Estados extranjeros donde está autorizada- en favor de los padres de intención, cuando uno o ambos sean españoles, para poder otorgar dicha nacionalidad al hijo o hija. La primera se utiliza cuando la filiación en favor de los padres sea reconocida mediante sentencia en el Estado de origen. A tal efecto, la DGRN (hoy DGSJFP) dictó el 5 de octubre de 2010 una Instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>39</sup>, exigiendo la presentación ante el Encargado del Registro civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del Estado de origen -no bastando la certificación registral extranjera, ni el certificado médico de nacimiento donde no conste identidad de la gestante- con “la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores”. La Instrucción exige asimismo que la resolución judicial extranjera se haya dictado en el marco de un procedimiento equivalente a uno español de jurisdicción voluntaria. La segunda vía posible apuntada se refiere a casos en que la filiación no se haya reconocido en una sentencia, sino mediante una decisión dictada por una autoridad administrativa o notarial competente según el Derecho del Estado de origen, o a través de una certificación de asientos extendidos en registros extranjeros; aplicándose en tales casos lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN 18 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> La STS 8 febrero 2014 dejó sin efecto esta Instrucción, aunque la DGRN reconfirmó su eficacia mediante una Circular 11 julio 2014. Posteriormente, se aprobó la Instrucción 18 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que también ha respetado la vigencia de la Instrucción de 2010.

<sup>40</sup> La jurisprudencia española ha venido diferenciando dos cuestiones: por un lado, la filiación de los menores nacidos

### III. La sociedad de la hiperinformación

#### 1. La transferencia internacional de datos desde la UE

12. La transferencia de datos personales es a la sociedad de la información lo que la gestación subrogada al Derecho de familia: un auténtico *trending topic*<sup>41</sup>; con el agravante de que, además, el núcleo de problemas que se aborda en este caso es más amplio y complejo técnicamente que en el anterior, al menos, en opinión de quien suscribe. Por ello, considerando el ya de por sí denso contenido del presente trabajo a estas alturas, se ha optado aquí por limitar el análisis a la transferencia internacional de datos prevista por el Reglamento (UE) 2016/679<sup>42</sup> (o RGPD) obviando otros asuntos que también son de interés, como puede ser -especialmente, en términos de Derecho internacional privado- el relativo a la responsabilidad (no solo extracontractual, sino también contractual), que deberá quedar aparcado de momento, a la espera de ocasión más propicia. Aun así, la exposición de la parte apuntada deberá también ser resumida, dada la prolijidad con la que ha sido objeto de regulación en el citado reglamento, como se verá seguidamente. Así, cabe comenzar indicando que el RGPD dedica un capítulo entero (el V) a la transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, del artículo 44 al 50 (ambos inclusive); todos ellos son bastante extensos y detallados, salvo quizás el primero, que establece el principio general a tener en cuenta y que se sirve de base a todos los restantes desarrollos: “solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado”. El principio fun-

---

mediante un proceso transfronterizo. La doctrina contenida en la STS 6 febrero 2014, que dejó sin efecto la Instrucción de la DGRN 5 octubre 2010, fue confirmada por el ATS 2 febrero 2015, dictado a causa de un incidente de nulidad de actuaciones planteado tras dos sentencias del TEDH, 26 junio 2014, *Mennesson vs. Francia y Labasseé vs. Francia*. Para el TS, era imposible reconocer eficacia transnacional a la filiación establecida en una certificación registral extranjera en favor de los padres de intención por impedirlo el art 10 LTRHA, que integra el orden público internacional español (pese al certero voto particular en contra); se limitó así a dar cumplimiento a la jurisprudencia del TEDH considerando que el padre de intención, siendo el padre genético, podía reclamar la paternidad según lo previsto en los arts. 746 y ss LEC, siendo su madre legal la gestante y pudiendo la madre de intención adoptar al hijo de su cónyuge o pareja (art. 176 2. 2º C.c.). Al proyectar esta solución sobre todos los casos de gestación por sustitución, independientemente de que en el Estado de origen se hubiese dictado una sentencia de filiación, se dejó así sin efecto la citada Instrucción de la DGRN de 2010, como se indicó. Por otro lado, la segunda cuestión abordada por nuestra jurisprudencia se refiere a la prestación por maternidad, que el TS ha atribuido a los padres de intención cuya filiación ya esté reconocida en España tras haber realizado un proceso de gestación por sustitución en un Estado donde está autorizado legalmente (SSTS 25 octubre y 16 noviembre 2016).

<sup>41</sup> Si, como ya se vio *supra*, la cantidad de bibliografía relativa a gestación subrogada transfronteriza es mareante, la que se refiere a la transferencia internacional de datos no se queda corta. Para no fatigar más de lo debido al/a lector/a, se recomienda aquí la recopilada por A. ORTEGA GIMÉNEZ, *La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita en Derecho internacional privado español*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2014, disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/75e4/3da3d67f0e8c092782cfd8f161b46543b485.pdf>; así como la más actualizada incluida en la edición correspondiente a 2019 del *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, disponible en [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_es.pdf).

<sup>42</sup> Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *DOUE L/119*, 4 de mayo de 2016. Este Reglamento ha sido la base de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 6 de diciembre). A este respecto, cabe mencionar que, recientemente, por lo que se refiere a la transmisión transfronteriza, el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (BOE de 8 de julio) incluyó en el párrafo cuarto de su Disposición Adicional primera lo siguiente: “el intercambio de datos con otros países se regirá por el Reglamento general de protección de datos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, teniendo en cuenta la Decisión n.º 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la que se deroga la Decisión n.º 2119/98/CE”.

damental a considerar es, por tanto, el del país de origen de la transferencia, pero con un decisivo matiz, exigiendo estándares comparables a los europeos para autorizar la misma. Para articularlo, se establece un sistema en cascada, que va desde la posibilidad de una decisión (política -o técnica, si se prefiere) sobre la adecuación de los estándares manejados en el extranjero; pasando por el establecimiento de una serie de garantías, en su defecto; hasta la sujeción a varias condiciones, en último lugar; permitiendo, asimismo, que las empresas se puedan dotar voluntariamente de un conjunto de normas corporativas vinculantes al efecto (conocidas también como BCR, por sus siglas en inglés). Se examinará a continuación someramente el contenido básico de cada uno de estos mecanismos.

**13.** El artículo 45 RGPD regula las transferencias basadas en una decisión de adecuación. Como principio, se establece en su párrafo primero que “podrá realizarse una transferencia de datos personales a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión haya decidido que el tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garantizan un nivel de protección adecuado”. La transferencia no requerirá así de ninguna autorización específica, decidiendo la Comisión mediante un acto de ejecución (pár. 3º) tras evaluar la adecuación sobre la base de los parámetros indicados en el párrafo segundo<sup>43</sup>, estableciendo un mecanismo de revisión periódica, al menos cada cuatro años, que tenga en cuenta todos los acontecimientos relevantes en el tercer país o en la organización internacional<sup>44</sup>. Las decisiones a tal efecto serán públicas en la web de la Comisión (según indica el párrafo 8) donde, a día de hoy figuran los siguientes países: Suiza, Canadá, Argentina, Andorra, Israel, Uruguay, Nueva Zelanda y Japón<sup>45</sup>. En el caso de Estados Unidos, hasta fecha reciente, regía la Decisión de ejecución (UE) 2016/1250, de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el denominado “*Privacy Shield*” o “Escudo de Privacidad”<sup>46</sup>. Pero la STJUE 16 julio 2020, *Schrems*, 311/18, por reclamación de una persona física cuyos datos fueron transferidos de la Unión Europea a Estados Unidos, ha invalidado tal Decisión. Las consecuencias

<sup>43</sup> “a) el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación pertinente, tanto general como sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales, así como la aplicación de dicha legislación, las normas de protección de datos, las normas profesionales y las medidas de seguridad, incluidas las normas sobre transferencias ulteriores de datos personales a otro tercer país u organización internacional observadas en ese país u organización internacional, la jurisprudencia, así como el reconocimiento a los interesados cuyos datos personales estén siendo transferidos de derechos efectivos y exigibles y de recursos administrativos y acciones judiciales que sean efectivos; b) la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control independientes en el tercer país o a las cuales esté sujeta una organización internacional, con la responsabilidad de garantizar y hacer cumplir las normas en materia de protección de datos, incluidos poderes de ejecución adecuados, de asistir y asesorar a los interesados en el ejercicio de sus derechos, y de cooperar con las autoridades de control de la Unión y de los Estados miembros, y c) los compromisos internacionales asumidos por el tercer país u organización internacional de que se trate, u otras obligaciones derivadas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes, así como de su participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales”.

<sup>44</sup> Considerando la cautela establecida en el párrafo quinto, según el cual “cuando la información disponible, en particular tras la revisión a que se refiere el apartado 3 del presente artículo, muestre que un tercer país, un territorio o un sector específico de ese tercer país, o una organización internacional ya no garantiza un nivel de protección adecuado a tenor del apartado 2 del presente artículo, la Comisión, mediante actos de ejecución, derogará, modificará o suspenderá, en la medida necesaria y sin efecto retroactivo, la decisión”; aunque, según lo dispuesto en el párrafo sexto “la Comisión entablará consultas con el tercer país u organización internacional con vistas a poner remedio a la situación que dé lugar a la decisión adoptada de conformidad con el apartado 5”.

<sup>45</sup> Respectivamente, decisiones de la Comisión 2000/518/CE, 26 julio 2000; 2002/2/CE, 20 diciembre 2001; 2003/490/CE, 3 junio 2003; 2010/625/UE, 19 octubre 2010; 2011/61/UE, 31 enero 2011; 2012/484/UE, 21 agosto 2012; 2013/65/UE, 19 diciembre 2012; y decisión 2019/149/UE, 23 enero 2019.

<sup>46</sup> El Escudo de la privacidad UE-EE. UU. se basa en un sistema de autocertificación por el que las entidades estadounidenses se comprometen a cumplir una serie de principios de protección de la vida privada (los principios marco del Escudo de la privacidad UE-EE. UU., incluidos los principios complementarios establecidos por el Departamento de Comercio de Estados Unidos). Se aplica tanto a los responsables como a los encargados del tratamiento (agentes), con la particularidad de que los encargados deben estar obligados contractualmente a actuar únicamente siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento de la UE y asistir a este último a responder a las personas físicas que ejerzan sus derechos con arreglo a los principios. Una aproximación general al *Privacy Shield* en J. F. LÓPEZ AGUILAR, “La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del Derecho Europeo y su impacto en la relación trasatlántica UE-EE.UU.”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 557-581.

del tsunami que desencadenará esta sentencia en la política trasatlántica de tráfico internacional de datos están todavía por determinar, hasta el punto de que la Agencia Europea de Protección de Datos (EDPB) se vio obligada a elaborar un documento para el cumplimiento de sentencia por los órganos de la Unión<sup>47</sup>. Así, tras explicar el fallo, se aclara que el TJUE “ha considerado que los requisitos de la legislación nacional de los Estados Unidos, y en particular algunos programas de vigilancia que permiten el acceso de las autoridades públicas de los Estados Unidos a los datos personales transferidos desde la UE a los Estados Unidos con fines de seguridad nacional, dan lugar a limitaciones a la protección de los datos personales que no están circunscritas de manera que satisfagan requisitos que son esencialmente equivalentes a los exigidos por la legislación de la UE, y que esta legislación no otorga derechos recurribles ante los tribunales contra las autoridades de los Estados Unidos”. En suma, como consecuencia, las transferencias de datos basadas en este marco son, al momento de redactar estas líneas, ilegales<sup>48</sup>.

14. Por su parte, el artículo 46 regula las transferencias internacionales de datos mediante una serie de garantías que se consideran adecuadas. Este mecanismo opera en defecto de Decisión de ejecución, con arreglo al apartado anterior. Las garantías pueden ser aportadas -sin que se requiera autorización expresa de una autoridad de control- mediante una amplia variedad de instrumentos<sup>49</sup>, que se ven incluso ampliados cuando media permiso de la autoridad de control competente<sup>50</sup>. Entre las fórmulas previstas de garantía, se encuentra las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, como las que se recogen en la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010 (relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE). En la misma, se indica, entre otros aspectos, que las autoridades competentes de los EE.MM. podrán prohibir las transferencias de datos en tres casos: a) si se determina que la legislación a la que está sujeto el importador de datos o un subencargado del tratamiento le impone desviaciones de la legislación de protección de datos aplicable que vayan más allá de las restricciones necesarias en una sociedad democrática, como establece el artículo 13 de la Directiva 95/46/CE, cuando tales exigencias puedan tener un importante efecto negativo sobre las garantías proporcionadas por las cláusulas contractuales tipo, o b) si una autoridad competente decide que el importador de datos o un subencargado del tratamiento no ha respetado las cláusulas contractuales tipo del anexo, o c) si existe la probabilidad sustancial de

<sup>47</sup> EDBP, *Strategy for Union institutions, offices, bodies and agencies to comply with the ‘Schrems II’ Ruling*, Bruselas, 29 octubre 2020 (disponible en [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-10-29\\_edps\\_strategy\\_schremsii\\_en\\_0.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-10-29_edps_strategy_schremsii_en_0.pdf)). El Supervisor Europeo ha publicado asimismo una nota informativa sobre la transferencia de datos después del *Brexit*, que está disponible en [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-07-16\\_for\\_translation\\_note\\_on\\_personal\\_data\\_transfers\\_post-brexit\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-07-16_for_translation_note_on_personal_data_transfers_post-brexit_en.pdf)

<sup>48</sup> El Tribunal subraya que determinados programas de vigilancia que permiten el acceso de las autoridades públicas de los EE.UU a los datos personales transferidos de la UE a los EE.UU con fines de seguridad nacional no prevén limitaciones a la facultad conferida a las autoridades de los EE.UU., ni la existencia de garantías para personas que no sean estadounidenses. El umbral establecido por el TJUE se aplica también a todas las salvaguardias adecuadas- con arreglo al artículo 46 del RGPD- utilizadas para transferir datos del EEE a cualquier tercer país. La legislación estadounidense mencionada por el TJUE (la sección 702 de la FISA y la EO 12333) se aplica a cualquier transferencia a EE.UU. por medios electrónicos que entren en el ámbito de aplicación de la misma, independientemente del instrumento de transferencia utilizado. Por otra parte, dado que el Escudo de Privacidad también fue diseñado para dar garantías a los datos transferidos con otros instrumentos como las BCR (normas corporativas vinculantes), la evaluación del Tribunal se aplica también en el contexto de las mismas.

<sup>49</sup> Son los que establece el párrafo segundo: a) un instrumento jurídicamente vinculante y exigible entre las autoridades u organismos públicos; b) normas corporativas vinculantes de conformidad con el artículo 47; c) cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2; d) cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por una autoridad de control y aprobadas por la Comisión con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere en el artículo 93, apartado 2; e) un código de conducta aprobado con arreglo al artículo 40, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas la relativas a los derechos de los interesados, o f) un mecanismo de certificación aprobado con arreglo al artículo 42, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas la relativas a los derechos de los interesados.

<sup>50</sup> Mediante el recurso a: a) cláusulas contractuales entre el responsable o el encargado y el responsable, encargado o destinatario de los datos personales en el tercer país u organización internacional, o b) disposiciones que se incorporen en acuerdos administrativos entre las autoridades u organismos públicos que incluyan derechos efectivos y exigibles para los interesados.

que las cláusulas contractuales tipo contenidas en el anexo no se estén respetando, o no se respeten en el futuro, y la continuación de la transferencia provoque un riesgo inminente de daños graves para los interesados. Fuera del cumplimiento de las garantías previstas, el artículo 49 establece una serie de excepciones para situaciones específicas (al margen de las BCR, que se examinan a continuación) en las que se permite la transferencia<sup>51</sup>. En caso contrario, “solo se podrá llevar a cabo si no es repetitiva, afecta solo a un número limitado de interesados, es necesaria a los fines de intereses legítimos imperiosos perseguidos por el responsable del tratamiento sobre los que no prevalezcan los intereses o derechos y libertades del interesado, y el responsable del tratamiento evaluó todas las circunstancias concurrentes en la transferencia de datos y, basándose en esta evaluación, ofreció garantías apropiadas con respecto a la protección de datos personales”<sup>52</sup>.

**15.** Finalmente, el artículo 47 RGPD se refiere a las denominadas “normas corporativas vinculantes” (o BCR por sus siglas en inglés); esto es, “las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta”<sup>53</sup>. Dichas normas serán aprobadas por la autoridad de control competente -según el mecanismo de coherencia previsto en el artículo 63- siempre que: a) sean jurídicamente vinculantes y se apliquen y sean cumplidas por todos los miembros correspondientes del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, incluidos sus empleados; b) confieran expresamente a los interesados derechos exigibles en relación con el tratamiento de sus datos personales, y c) cumplan los requisitos establecidos en el apartado 2<sup>54</sup>. A tal

---

<sup>51</sup> La transferencia, en este contexto, se realizará únicamente si se cumple alguna de las condiciones siguientes: a) el interesado haya dado explícitamente su consentimiento a la transferencia propuesta, tras haber sido informado de los posibles riesgos para él de dichas transferencias debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas; b) la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud del interesado; c) la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica; d) la transferencia sea necesaria por razones importantes de interés público; e) la transferencia sea necesaria para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; f) la transferencia sea necesaria para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento; g) la transferencia se realice desde un registro público que, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, tenga por objeto facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que pueda acreditar un interés legítimo, pero sólo en la medida en que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta.

<sup>52</sup> Por otra parte, el artículo 48 RGPD, como cierre del sistema, impone que “cualquier sentencia de un órgano jurisdiccional o decisión de una autoridad administrativa de un tercer país que exijan que un responsable o encargado del tratamiento transfiera o comunique datos personales únicamente será reconocida o ejecutable en cualquier modo si se basa en un acuerdo internacional, como un tratado de asistencia jurídica mutua, vigente entre el país tercero requirente y la Unión o un Estado miembro, sin perjuicio de otros motivos para la transferencia al amparo del presente capítulo” (subrayado propio).

<sup>53</sup> Disponible en la dirección [www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/transferencias-internacionales](http://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/transferencias-internacionales).

<sup>54</sup> Deberán especificar los siguientes aspectos: a) la estructura y los datos de contacto del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y de cada uno de sus miembros; b) las transferencias o conjuntos de transferencias de datos, incluidas las categorías de datos personales, el tipo de tratamientos y sus fines, el tipo de interesados afectados y el nombre del tercer o los terceros países en cuestión; c) su carácter jurídicamente vinculante, tanto a nivel interno como externo; d) la aplicación de los principios generales en materia de protección de datos, en particular la limitación de la finalidad, la minimización de los datos, los periodos de conservación limitados, la calidad de los datos, la protección de los datos desde el diseño y por defecto, la base del tratamiento, el tratamiento de categorías especiales de datos personales, las medidas encaminadas a garantizar la seguridad de los datos y los requisitos con respecto a las transferencias ulteriores a organismos no vinculados por las normas corporativas vinculantes; e) los derechos de los interesados en relación con el tratamiento y los medios para ejercerlos, en particular el derecho a no ser objeto de decisiones basadas exclusivamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22, el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control competente y ante los tribunales competentes de los Estados miembros de conformidad con el artículo 79, y el derecho a obtener una reparación, y, cuando proceda, una indemnización por violación de las normas corporativas vinculantes; f) la aceptación por parte del responsable o del encargado del tratamiento establecidos en el territorio de un Estado miembro de la responsabilidad por cualquier violación de las normas corporativas vinculantes por parte de cualquier

efecto, para facilitar el uso de las BCR para responsables (BCR-C) y para encargados de tratamiento (BCR-P) por un grupo empresarial o un grupo de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta para transferencias internacionales de organizaciones establecidas en la UE a organizaciones dentro del mismo grupo establecido fuera de la UE, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (WP29) estableció una mesa con los elementos y principios que se encuentran en las BCR, con el fin de reflejar los requisitos necesarios, haciendo referencia expresamente RGPD. Como resultado, se han elaborado sendos documentos<sup>55</sup> que recogen las obligaciones en relación con los datos personales de terceros que son procesados por un miembro del grupo como responsable o encargado. Asimismo, el grupo que solicita la aprobación de sus BCR puede tener entidades en más de un Estado Miembro, por lo que el procedimiento puede involucrar a varias autoridades de supervisión interesadas, por ejemplo, en aquellos países desde donde se realizarán las transferencias. Sin embargo, el RGPD no establece reglas específicas para la fase de cooperación que debería tener lugar entre tales autoridades interesadas antes de la remisión a la Agencia Europea. Tampoco establece reglas específicas para identificar la autoridad competente que deberá actuar como Autoridad Principal para los BCR (o “*BCR Lead*”<sup>56</sup>). De ahí que un tercer documento<sup>57</sup> establezca los procedimientos para una cooperación fluida y eficaz en este contexto, en línea con el RGPD, aprovechando la experiencia previa de las Autoridades de Protección de Datos al tratar la aprobación de BCR.

## 2. El Bloqueo geográfico de *interfaces* en línea

16. El de 28 de febrero de 2018 se aprobó el Reglamento 2018/302/UE, 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) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE]. Ya desde el primero de sus dos primeros considerandos queda clara cual la finalidad de mismo, así como el problema a combatir. Así, se parte de que, para lograr el pleno potencial del mercado interior, no basta con suprimir las barreras entre los EE.MM. creadas por los propios Estados. Esa supresión

---

miembro de que se trate no establecido en la Unión; el responsable o el encargado solo será exonerado, total o parcialmente, de dicha responsabilidad si demuestra que el acto que originó los daños y perjuicios no es imputable a dicho miembro; g) la forma en que se facilita a los interesados la información sobre las normas corporativas vinculantes, en particular en lo que respecta a las disposiciones contempladas en las letras d), e) y f) del presente apartado, además de los artículos 13 y 14; h) las funciones de todo delegado de protección de datos designado de conformidad con el artículo 37, o de cualquier otra persona o entidad encargada de la supervisión del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, así como de la supervisión de la formación y de la tramitación de las reclamaciones; i) los procedimientos de reclamación; j) los mecanismos establecidos dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta para garantizar la verificación del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes. Dichos mecanismos incluirán auditorías de protección de datos y métodos para garantizar acciones correctivas para proteger los derechos del interesado. Los resultados de dicha verificación deberían comunicarse a la persona o entidad a que se refiere la letra h) y al consejo de administración de la empresa que controla un grupo empresarial, o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, y ponerse a disposición de la autoridad de control competente que lo solicite; k) los mecanismos establecidos para comunicar y registrar las modificaciones introducidas en las normas y para notificar esas modificaciones a la autoridad de control; l) el mecanismo de cooperación con la autoridad de control para garantizar el cumplimiento por parte de cualquier miembro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, en particular poniendo a disposición de la autoridad de control los resultados de las verificaciones de las medidas contempladas en la letra j); m) los mecanismos para informar a la autoridad de control competente de cualquier requisito jurídico de aplicación en un país tercero a un miembro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, que probablemente tengan un efecto adverso sobre las garantías establecidas en las normas corporativas vinculantes, y n) la formación en protección de datos pertinente para el personal que tenga acceso permanente o habitual a datos personales.

<sup>55</sup> Disponibles, respectivamente, en este vínculo [https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp256\\_en.pdf](https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp256_en.pdf) y en este otro [https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp257\\_en.pdf](https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp257_en.pdf).

<sup>56</sup> Ser *BCR Lead* incluye actuar como un único punto de contacto con la organización o grupo solicitante durante el proceso de aprobación y la gestión del procedimiento de solicitud en su fase de cooperación.

<sup>57</sup> Disponible en [https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp263\\_en\\_0.pdf](https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp263_en_0.pdf).

puede verse también socavada por obstáculos creados por los propios particulares y que son incompatibles con las libertades del mercado interior. Así sucede, por ejemplo, cuando los comerciantes que ejercen su actividad en un E.M. bloquean o limitan el acceso a sus interfaces en línea, tales como sitios web y aplicaciones, a clientes de otros EE.MM. que desean realizar transacciones transfronterizas (o «bloqueo geográfico»). También sucede cuando determinados comerciantes aplican a esos clientes de otros EE.MM. condiciones generales de acceso diferentes a sus productos y servicios, tanto en línea como fuera de línea. En algunos casos, tal práctica podría justificarse objetivamente, pero no en la mayoría. Existen así diversas razones por las que empresas (sobre todo, pymes), aplican condiciones generales de acceso diferentes. En muchas ocasiones, los entornos jurídicos divergentes, la incertidumbre jurídica que ello implica, los riesgos asociados a la legislación aplicable en materia de protección de los consumidores, la legislación en materia de medio ambiente o etiquetado, las cuestiones tributarias y fiscales, los gastos de entrega o los requisitos lingüísticos, contribuyen a que los comerciantes sean reacios a entablar relaciones comerciales con los clientes de otros EE.MM. En otras ocasiones, los comerciantes segmentan artificialmente el mercado interior según las fronteras interiores y dificultan la libre circulación de mercancías y servicios, limitando los derechos de los clientes e impidiéndoles disfrutar de posibilidades de elección más amplias y unas condiciones óptimas. Estas prácticas discriminatorias contribuyen al nivel relativamente bajo de transacciones transfronterizas en la UE, incluso en el sector del comercio electrónico, impidiendo alcanzar el pleno potencial de crecimiento del mercado interior. Por todo ello, el Reglamento pretende determinar las situaciones en que no puede haber ninguna justificación para un trato diferenciado, aportando así claridad y seguridad jurídica a cuantos participan en las transacciones transfronterizas, garantizando la aplicación y el cumplimiento efectivo de normas contra la discriminación en todo el mercado interior. En suma, se entiende que eliminar 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 podría impulsar el crecimiento y aumentar las opciones de los consumidores en todo el mercado interior<sup>58</sup>.

17. En el contexto que se acaba de exponer, no se puede olvidar que, según el Reglamento Roma I, la elección de la ley aplicable a los contratos entre un consumidor y un profesional que ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país en que el consumidor tenga su residencia habitual o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a ese país o a varios países, incluido ese país, no puede tener por consecuencia privar al consumidor de la protección que le proporcionen disposiciones que no puedan, en virtud de la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, excluirse mediante acuerdo. Y también que, de conformidad con el Reglamento Bruselas I bis, en lo que respecta a un contrato entre un consumidor y una persona que ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a ese Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido ese Estado miembro, el consumidor podrá interponer una acción contra la otra parte ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que el consumidor tenga su domicilio y se podrá iniciar una acción contra el consumidor solo ante esos órganos jurisdiccionales. Por todo ello, el Reglamento 2018/302/UE debe 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 establecidas en los Reglamentos Roma I y Bruselas I bis, respectivamente. En particular, como se señala en el considerando 13, del mero hecho de que un comerciante cumpla el Reglamento sobre bloqueo geográfico no debe derivarse que dirige sus actividades al E.M. del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I y/o del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I bis. Por consiguiente, el mero hecho de que el comerciante no bloquee o no limite el acceso a una interfaz

<sup>58</sup> Se quiere hacer frente tanto a la discriminación directa como a la indirecta; por tanto, también a las diferencias injustificadas de trato por razón de otros criterios de distinción que conducen al mismo resultado con los basados directamente en la nacionalidad o el lugar de residencia del cliente (independientemente de si el cliente en cuestión está presente, de forma permanente o temporal, en otro E.M., o en su lugar de establecimiento). Esos criterios pueden aplicarse, en particular, basándose en información que indique la ubicación física de los clientes, como la dirección IP utilizada al acceder a una interfaz en línea, la dirección facilitada para la entrega de mercancías, la elección de lengua o el E.M. de emisión del instrumento de pago del cliente (cdo. 6).

en línea por los consumidores de otro E.M., no aplique condiciones generales de acceso diferentes en los casos previstos en el Reglamento 2018/302/UE, o no aplique condiciones distintas a las operaciones de pago entre los diversos medios de pago aceptados, no debe, por sí mismo, dar a entender que el comerciante dirige sus actividades al E.M. del consumidor a efectos de determinar la ley aplicable y la competencia judicial. Tampoco debe entenderse, únicamente por dichos motivos, que el comerciante dirige sus actividades al E.M. en que el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual cuando el comerciante facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del contrato, conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento sobre bloqueo geográfico<sup>59</sup>.

### 3. La gobernanza contractual en las plataformas digitales

18. La economía de plataforma se caracteriza por la existencia de una estructura (o “plataforma”) que permite transacciones mediante la conexión de dos partes contractuales, ya sea para la compra de un bien, ya sea para la prestación de un servicio. En consecuencia, la plataforma sirve como un punto de encuentro que se basa en la acción externa para generar un producto o servicio complementario a la plataforma misma, cuya característica principal es la presencia de efectos de red, de modo que, cuanto mayor sea el número de usuarios, más atractivo se vuelve<sup>60</sup>. A través de sus términos y condiciones (en general, apresuradamente aceptados por los usuarios), estas plataformas en línea se convierten en reguladores de segmentos significativos de la población y de la economía mundial. Los problemas legales que acarrea este tipo economía digital exigen soluciones alternativas a las pensadas para un entorno analógico, que no resultan siempre útiles ante el nuevo panorama. De hecho, un enfoque regulatorio basado únicamente en leyes podría llegar incluso a parecer incompatible con los nuevos paradigmas contractuales que ofrecen las empresas de plataformas, construidos en gran medida en torno parámetros de reputación y la confianza, surgiendo así reglas privadas creadas espontáneamente como una respuesta a las necesidades transformadas de protección del consumidor<sup>61</sup>. De este modo, mientras tales plataformas continúan su desarrollo y ofrecen sus propias soluciones normativas, los regímenes regulatorios existentes luchan por responder a los desafíos que éstas plantean, ante tal aparición (espontánea) de normas generadas por las propias plataformas y, en menor medida, por la comunidad de usuarios. En vista de ello, la autorregulación se ha convertido en una característica común de las empresas de plataformas, que operan principalmente en Internet, liderando así un proceso abierto de innovación regulatoria, en

<sup>59</sup> Tal es la explicación del artículo 1.6º. “El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil. 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) nº 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) nº 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 nacionalidad 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. Tampoco se considerará, únicamente por dichos motivos, que el comerciante facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del contrato conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del presente Reglamento”.

<sup>60</sup> Según S. P. CHOUDARY, M.W VAN ALSTYNE, Y G. G. PARKER, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy—And How to Make Them Work for You*, New York/London, Norton, 2016, las grandes plataformas digitales se asemejarían a los Estados-nación.

<sup>61</sup> Los desarrollos que siguen son deudores, esencialmente, de las ideas de M. CANTERO GAMITO en este ámbito, en particular, las vertidas en su artículo “Regulation.com. Self-regulation and Contract Governance in the Platform Economy: A research agenda”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 53-67. Otras aportaciones de la autora en el mismo campo son ‘The Role of the EU in the Making of Global Standards for ICT and Telecommunications’, *Yearbook of European Law*, vol. 37, 2018, pp. 395 ss; y *The role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts, and Codes*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020 (con H. W. MICKLITZ, ambos coeditores). Sobre los nuevos retos a los que se enfrenta el Derecho del consumo transfronterizo, desde el punto de vista contractual, *vid.* el reciente trabajo de A. L. CALVO CARAVACA, “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del TJUE. Últimas tendencias”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 86-96.

atención a las transformaciones económicas, tecnológicas y sociales en curso, ofreciendo una solución alternativa a la cambiante sociedad hipermoderna y colmando lagunas normativas. Tales innovaciones constituyen la respuesta del mercado a las demandas de regulación del entorno digital, que las formas convencionales de legislación y aplicación (judicial y extrajudicial) no pueden replicar fácilmente. El uso de servicios prestados en el contexto de la economía colaborativa desemboca así en una autoexclusión de la regulación<sup>62</sup>, lo que conduce a un proceso de desregulación y, en última instancia, a la autorregulación, donde posiblemente pueden corregirse errores de diseño normativo mediante la creación por parte de la industria de estándares de calidad que, a su vez, funcionan como un dispositivo para una gobernanza transnacional. Tal proceso conlleva implicaciones para la teoría reguladora más convencional, que hacen necesario repensar la naturaleza y el papel de estas normas y procesos emergentes “post-regulatorios”<sup>63</sup>.

**19.** Los marcos de gobernanza de las plataformas se basan en gran medida en mecanismos de reputación y confianza. Además, tales mecanismos y los códigos de conducta que sustentan el comercio electrónico se complementan a menudo con la existencia de un procedimiento de resolución de disputas en línea (ODR) dedicado a dirimir las controversias que surjan en relación con transacciones dentro de la propia plataforma. Esas herramientas reputacionales (*feedback* y *ratings*) pueden llegar así a convertirse en auténtica fuente de normas pues, al retroalimentar y calificar los servicios utilizados o los productos adquiridos, las empresas y los usuarios de las plataformas están generando “espontáneamente” nuevas reglas; algo particularmente acusado cuando las calificaciones de los usuarios se utilizan como punto de referencia, al resolver una disputa privada bajo un procedimiento de solución de controversias integrado en la propia plataforma. De este modo, el sistema reputacional se erige como una forma novedosa de abordar los errores del mercado y los problemas de información asimétrica, fuera de cualquier procedimiento oficial de elaboración de leyes; lo que acaba incluso teniendo eventual impacto no solo en términos de diseño contractual, sino también regulatorio, dada su efectividad probada como alternativa a las soluciones tradicionales para la protección del consumidor. Si bien el enfoque dominante hasta ahora viene demandando una reforma de la legislación sobre contratos y consumidores en la UE, para poder acomodar nuevas relaciones triangulares en las que se basan las transacciones de plataforma (y salvaguardar los intereses de los consumidores, extendiendo la responsabilidad a los consumidores intermediarios de la plataforma); otras miradas cautelosas ya han propuesto como solución el uso de categorías no legales y la autorregulación, aunque solo en combinación con la regulación<sup>64</sup>. Pero cabría incluso un tercer enfoque, más audaz, partiendo de la autorregulación espontánea de las plataformas digitales como un marco de gobernanza que surge de abajo hacia arriba: desde las calificaciones de los usuarios hasta la elaboración, a partir de las mismas, de concretos estándares de calidad<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> La exclusión voluntaria de la regulación -entendida como adopción de un enfoque de autorregulación basado en reglas y prácticas creadas por la comunidad- ya ha demostrado ser una estrategia satisfactoria en ciertos sectores (L. BERNSTEIN, “Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 21, 1992, pp. 115 y ss., p. 57; *id.*, “Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions”, *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, n° 133, 2001); aunque algún autor sea reacio al uso de mecanismos de reputación como un reemplazo total de la regulación (C. BUSCH, “Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy”, en A. DE FRANCESCHI (Coord.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 223-243).

<sup>63</sup> M. CANTERO GAMITO, “Regulation.com...”, *loc. cit.*, p. 60.

<sup>64</sup> La Economía de Plataforma exige así una nueva generación de regulación (Regulación 2.0) basada en la transparencia de la información y la rendición de cuentas basada en datos (N. GROSSMAN, “Regulation the Internet Way: a data-first model for establishing trust, safety and security”, *Regulatory Reform for the 21st Century City (Project)*, 2015). En este contexto, mientras algunos afirman que la economía de plataformas requiere un marco regulatorio específico (O. LOBEL, “The Law of the Platform”, *Minnesota Law Review*, 2016, p. 212 y ss.), otros defienden las ventajas de la autorregulación como herramienta para atraer nuevos negocios innovadores y rentables (C. KOOPMAN, M. MITCHELL y A. THIERER, “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change”, *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, vol. 8, 2015; M. COHEN y A. SUNDARARAJAN, “Self Regulation and innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy”, *University of Chicago Law Review*, vol. 82, 2015, p. 116).

<sup>65</sup> M. CANTERO GAMITO, “Regulation.com...”, *loc. cit.*, *passim*.

20. El actual entorno tecnológico ha cambiado ciertamente las reglas del juego, dando lugar a nuevos modos de poder, gobernanza y propiedad<sup>66</sup>. Esto ha implicado una transformación también en la gobernanza transnacional, donde la estandarización se coloca en el núcleo central del sistema emergente, de modo que las técnicas autorreguladoras de estándares, códigos de conducta o mejores prácticas se observan como impulsores privilegiados de un proceso de descentralización reguladora<sup>67</sup>. Como resultado, las realidades institucionales emergentes ya no están aplicando en muchos casos la ley, sino más investigando el cumplimiento de estándares autoestablecidos<sup>68</sup>. Volvemos así a Adam Smith (1759) y nos encontramos ante un auténtico sistema de “retroalimentación de reputación”, apoyado ahora en las calificaciones y los indicios de calidad, que se genera en gran medida de forma espontánea, a partir de los comentarios de los usuarios, originando estándares de calidad. Un régimen fundamentado en la confianza, donde la ejecución del contrato se asienta sobre un compromiso creíble garantizado<sup>69</sup>. Se trata, en suma, de un proceso de revisión por pares que asegura el cumplimiento de unos requisitos mínimos de calidad<sup>70</sup>. Bajo el modelo descrito, los estándares actuarían como “jueces privados”<sup>71</sup>, contribuyendo a que el mecanismo reputacional se vea como más eficaz que la ley, al menos “como medio para promover el comercio (...) y transmitir la información suficiente a las personas adecuadas en las circunstancias adecuadas”<sup>72</sup>. Las soluciones de autorregulación espontánea basadas en un modelo de gobernanza de “comunitarismo en red”<sup>73</sup> son una respuesta posible a los desafíos de legitimidad, efectividad y conexión regulatoria<sup>74</sup>. La plataforma digital actúa así como un guardián del mercado, siempre que el comerciante desee seguir operando a través de la plataforma y mejorar -o, al menos, mantener- su historial de reputación, pudiendo verse entonces como un ejemplo de regulación cooperativa, basada en la autoorganización y el autocompromiso; mientras que el diseño de sus contratos ofrece el ejemplo paradigmático de una de las manifestaciones de la gobernanza privada (la “gobernanza mediante contrato”)<sup>75</sup>. Ahora bien, los mecanismos de reputación pueden ser vulnerables al sesgo y al abuso. La creación de estándares internacionales que establezcan garantías procesales se erige como una solución a los problemas de diseño que plantean los marcos de reputación; pero resta por evidenciar que las plataformas ejerzan efectivamente control sobre el flujo de información recibido, para poder evaluar si están canalizando efectivamente la opinión colectiva y estableciendo nuevos estándares de calidad basados en las expectativas de sus usuarios/as.

<sup>66</sup> M. NAIM, *The End of Power: from boardrooms to battlefields and churches to states, why being in charge isn't what it used to be*, New York, Basic Books, 2014.

<sup>67</sup> J. BLACK, “Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World”, *Current Legal Problems*, vol. 54, n.º, 2001, pp. 103 y ss. Así, en el campo de la reputación online, la Organización Internacional de Normalización (ISO) propone la estandarización de métodos, herramientas, procesos, medidas y mejores prácticas relacionadas con la reputación online de organizaciones o personas que prestan servicios o productos, derivados de contenido generado por el usuario (ISO / TC 290 - Reputación online). La creación de esta norma global se basa en el modelo desarrollado por la Asociación Francesa de Normalización, AFNOR, en 2013 (AFNOR, *French Standard NF Z 74-501 - Avis en ligne de consommateurs - Principes et exigences portant sur les processus de collecte, moderation et restitution des avis en ligne de consommateurs*, 19 julio de 2013). La estandarización internacional se convierte de esta forma en una solución alternativa de respaldo regulatorio ideada para problemas de diseño institucional.

<sup>68</sup> H. W. MICKLITZ, “The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations”, *European Review of Private Law*, vol. 23, n.º 4, 2015, pp. 491-524. Sobre estas cuestiones, con carácter general, en la doctrina española destaca el trabajo de C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Autoregulación y establecimiento de estándares en los contratos internacionales”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, vol. VIII, 2008, pp. 329-356.

<sup>69</sup> D. C. NORTH, “Institutions and Credible Commitment”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/ Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1993, pp. 11-23.

<sup>70</sup> J. HEIMANS y H. TIMMS, “Understanding ‘New Power’”, *Harvard Business Review*, vol. 92, n.º 12, 2016, pp. 15 y ss.

<sup>71</sup> O. WILLIAMSON, “Economic Institutions: Spontaneous and Intentional Governance”, *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 7, 1991, pp. 159 y ss.

<sup>72</sup> P. R. MILGROM y D. C. NORTH, “The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs”, *Economics & Politics*, vol. 2, n.º1, 1990, pp. 1 y ss.

<sup>73</sup> A. MURRAY, *Information Technology Law: the Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2016 (3ª ed.).

<sup>74</sup> R. BROWNSWORD y M. GOODWIN, *Law and the Technologies of the Twenty-first Century: Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

<sup>75</sup> S. GRUNDMANN, F. MÖSLIN y K. RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

## IV. La justicia civil transfronteriza *low-cost* de la UE

### 1. La plataforma de la UE para resolución en línea de litigios en materia de consumo.

21. Mucho se ha escrito sobre la relación de proporcionalidad directa entre un diseño eficiente de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y el incremento de la confianza en el mercado<sup>76</sup>. Y, ciertamente, en el marco de la economía de plataformas que domina en la sociedad de la hiperinformación, cuyos rasgos principales se acaban de describir en el epígrafe anterior, el recurso por parte de los consumidores a tales mecanismos está alterando tanto el papel de los reguladores como el suyo propio. Esta narrativa se amplifica además con la introducción de tecnologías digitales en la gestión de disputas (ODR). Ahora bien, el objetivo principal de las plataformas digitales no es ofrecer un modelo de ODR exitoso, sino más bien proporcionar un lugar para la resolución de conflictos como complemento orgánico de las transacciones que se realizan a través de las mismas. Estos “espacios integrados” para la resolución de disputas se erigen así como un auténtico mecanismo sancionador, separado no solo de la ejecución judicial, sino también de manifestaciones más genéricas de ODR. Por otro lado, al incluir las plataformas digitales la participación en la resolución de disputas como parte de sus términos y condiciones, ofrecen incentivos efectivos para que los comerciantes participen en dicha resolución. Tal vez, todo ello explique el hecho de que, así como *eBay* maneja millones de casos por año<sup>77</sup>, en cambio, ni la mitad de los comerciantes de la UE declaraban hace pocos años conocer la existencia de estos ODR<sup>78</sup>. Probablemente, otra razón que contribuye a aclarar tal disparidad de uso se encuentre en el propio diseño de los mecanismos integrados de resolución de disputas, así como en la falta de incentivos eficaces para que los comerciantes se involucren en procedimientos de ODR, como sucede precisamente con la Plataforma EU-ODR<sup>79</sup>, que ha resultado en el archivo automático de más de la mitad del total de quejas presentadas, dada la falta de respuesta de aquéllos. En todo caso, con el fin de superar los desafíos de legitimidad y de procedimiento que plantean estos mecanismos de resolución de litigios en línea, al menos en Europa, tales procedimientos se han dotado con una combinación de garantías procesales *ex ante* (certificación) y *ex post* (seguimiento), como muestra la normativa de la UE, a saber, la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, así como el Reglamento (UE) 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo que, dada su relación directa con el objeto del presente epígrafe, será analizado brevemente a continuación<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Entre otros muchos, P. CORTÉS, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; E. KATSH, O. RABINOVICH-EINY y R. SUSSKIND, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2017; J. HORNLE, *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; G. KAUFMANN-KOHLER y T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.

<sup>77</sup> UK Civil Justice Council, *Online Dispute Resolution for Law Value Civil Claims (Online Dispute Resolution Advisory Group)*, 2015; disponible en <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>.

<sup>78</sup> Comisión Europea, *Settling consumer disputes online*, Factsheet, enero de 2016.

<sup>79</sup> *EU-Online Dispute Resolution Platform*, disponible en su versión en español en la dirección <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>.

<sup>80</sup> Resulta inabordable detenerse aquí a analizar el régimen de los ADR instaurado por la Directiva 2013/11/UE, tras puesta al ordenamiento español mediante la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Y sería además osado, considerando que ya existe, en el marco general, la obra dirigida por G. PALAO MORENO (ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; del mismo autor, “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012”, *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012 (versión online); y teniendo en cuenta además que, en el sector concreto de la mediación, destaca la obra de referencia en España e Iberoamérica dirigida por C. ESPLUGUES MOTA, *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (del mismo autor, se puede consultar asimismo “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, n° 136, 2013, pp. 165-199, entre otros varios trabajos sobre los medios alternativos de resolución de conflictos). Sobre la mediación en la concreta materia de familia, P. DIAGO DIAGO, “Aproximación a la mediación familiar desde el derecho internacional al privado”, en A. L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Coords.), *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 265-298; de esta misma autora, con carácter general, puede consultarse

22. El Reglamento 524/2013 pretende “contribuir, a través de la consecución de un elevado nivel de protección del consumidor, al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en su dimensión digital, proporcionando una plataforma europea de resolución de litigios en línea que facilite la resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea de forma independiente, imparcial, transparente, eficaz y equitativa” (artículo 1). Las entidades acreditadas disponen así de una plataforma configurada como un proveedor de información a nivel europeo sobre resolución de litigios en línea de consumo y como un nexo de contacto entre las partes implicadas en un conflicto, sin que se introduzcan mecanismos de negociación asistida o automática<sup>81</sup>, limitada al comercio en línea<sup>82</sup> y concebida como una ventanilla única<sup>83</sup>, siendo la Comisión responsable de su funcionamiento. El Reglamento, a diferencia de la Directiva 2013/11, puede aplicarse a la resolución de los conflictos iniciados por un comerciante frente a un consumidor, cuando la ley del E.M. de residencia habitual del consumidor permita que tales conflictos se resuelvan a través de una entidad de resolución alternativa de conflictos, conforme a lo previsto en su art. 2<sup>84</sup>. Además, el art. 7 establece la obligación para cada E.M. de establecer un punto de contacto de resolución de conflictos online, tarea que se puede conferir a la Red de Centros Europeos del Consumidor. El procedimiento se ha diseñado para sustanciarse en cuatro pasos: a) se inicia con la presentación de la reclamación, a través de un formulario electrónico que la parte reclamante deberá rellenar íntegramente y se transmitirá de un modo fácilmente comprensible y sin demora a la parte reclamada, en una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión por la que haya optado dicha parte; b) presentada la reclamación, se exige elegir un organismo de resolución de litigios de común acuerdo, que recibirá la reclamación y tramitará el arbitraje telemático (de no haber acuerdo, la reclamación cesa su tramitación) disponiendo de un plazo máximo de 30 días al respecto<sup>85</sup>; c) en tercer lugar, el organismo de resolución de litigios elegido por las partes tramita la reclamación: comunicada la entidad de resolución alternativa, la plataforma transmitirá la reclamación automáticamente y sin demora a dicha entidad, la cual informará a las partes de su aceptación, junto con las normas de procedimiento y, en su caso, las costas del mismo; o la negativa a tramitarlo; d) el procedimiento concluye con la comunicación a las partes del proceso del resultado y cierre del expediente<sup>86</sup>. Pero la

---

“Modelos normativos para una regulación de los marc (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Coords.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 151-178. Finalmente, cabe mencionar también en este sector los trabajos de P. CORTÉS, “Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA, (Coord.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva del Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 560-561; *id.*, *The Law of consumer Redress in an Evolving Digital Market: upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

<sup>81</sup> D. CARRIZO AGUADO, “Asistencia extrajudicial al consumidor transfronterizo europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10-1, 2018, pp. 45-69, p. 64; J. SUQUET CAPDEVILLA, “El marco europeo de resolución de litigios en línea (RLL) de consumo: ¿tecnologías al servicio de la resolución de litigios?”, en G. PALAO MORENO (ed.), *Los nuevos instrumentos europeos... cit.*, p. 270.

<sup>82</sup> El Reglamento será de aplicación a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido en la Unión mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa incluida en la lista con arreglo al artículo 20.2º, de la Directiva 2013/11/UE, en la que intervenga una plataforma de resolución de litigios en línea. Para F. VALBUENA GONZÁLEZ, “La protección del consumidor europeo: alternativas a la vía judicial”, *Revista de estudios europeos*, nº. 66, 2015, p. 68, esta limitación, que excluye el comercio tradicional, no estaría justificada.

<sup>83</sup> Lo que parece un acierto a M. RICHARD GONZÁLEZ, “Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos: (on-line dispute resolution)”, *Diario La Ley*, nº. 8360, 2014, versión en línea.

<sup>84</sup> Sobre esta circunstancia se deberá informar a la Comisión, especificándose en las listas previstas del art. 20.2 de la Directiva cuáles son las entidades de resolución alternativa competentes para conocer de tales litigios.

<sup>85</sup> Si la parte reclamada es un comerciante, se le requiere a fin de que declare en un plazo de diez días naturales si se compromete o está obligado a recurrir a una entidad de resolución alternativa concreta para resolver los litigios con consumidores y, salvo en caso de que esté obligado a recurrir a una entidad de resolución alternativa concreta, si está dispuesto a recurrir a cualesquiera de las entidades de resolución alternativa a que se refiere art. 9.3.b). Si la parte reclamada es un consumidor y el comerciante está obligado a recurrir a una entidad de resolución alternativa concreta, se le requiere a aceptar en el plazo de diez días naturales dicha entidad o, en caso de que el comerciante no esté obligado a recurrir a una entidad de resolución alternativa concreta, a que seleccione una o más de las entidades de resolución alternativa a que se refiere art. 9.3.b).

<sup>86</sup> Conforme al art. 10 del Reglamento, la entidad de resolución alternativa de conflictos concluirá el procedimiento en el plazo de 90 días naturales a contar desde que recibió el expediente completo de la reclamación salvo si se niega a tramitar el litigio de acuerdo con el art. 5, apartado 4, de la Directiva 2013/11/UE.

resolución alternativa de litigios no impedirá al consumidor, ya sea demandante o demandado, acogerse a la jurisdicción de los tribunales del Estado miembro en el que tenga su domicilio<sup>87</sup>.

## 2. El futuro de las acciones colectivas en la UE

23. Dadas las peculiares características presentes en la sociedad de la hiperproducción en que vivimos, sólo un sistema de alcance colectivo de acciones ejercitadas por entidades portadoras o representativas de los derechos e intereses existentes en el ámbito del consumo masivo de bienes y servicios garantiza una real efectividad de tales derechos e intereses. Si únicamente se previera el ejercicio de acciones individuales, dirigidas a que cada consumidor o usuario tratara de salvaguardar su posición jurídica singular en caso verse afectada por un hecho dañoso, se acabaría generando en la práctica una desprotección de aquéllos, dado que la escasa relevancia económica del daño no compensaría los costes de un proceso, al que, por tanto, dejaría de acudir en multitud de ocasiones. De este modo, las acciones colectivas están dirigidas a tutelar los derechos e intereses pluriindividuales y/o supraindividuales de determinados grupos (como los consumidores y usuarios), cuando se puedan ver afectados por conductas antijurídicas o, según expresión legal frecuente, por «hechos dañosos»<sup>88</sup>. Por la naturaleza colectiva de la acción, es el propio legislador quien debe determinar a quién o quiénes atribuye su titularidad (legitimación). Por ello, en general, las leyes de los Estados no sólo reconocen la accionabilidad de pretensiones de carácter colectivo, sino que también incluyen listados en que se determinan las personas o entidades legitimadas para su ejercicio judicial. En el contexto de la UE, se ha regulado las acciones colectivas mediante la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009, “relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores”. No obstante, el escaso contenido de esta norma ha conducido a la Comisión a emitir diversas recomendaciones al respecto, destacando especialmente la “Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión”, de 11 de junio de 2013. Esta recomendación fue además objeto de Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 25 de enero de 2018. A raíz de este informe, la Comisión Europea adoptó el 11 de abril de 2018 un nuevo acuerdo con el fin de garantizar que todos los consumidores europeos se beneficien plenamente de sus derechos con arreglo al Derecho de la Unión<sup>89</sup>.

24. Fruto del íter que se acaba de exponer, nace finalmente la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva

<sup>87</sup> D. CARRIZO AGUADO, *loc. cit.*, p. 68, apunta que tal posibilidad provoca un efecto preventivo, que contribuye a que el empresario actúe con mayor fidelidad a lo estipulado en el contrato, sin olvidar que la mayoría de las reclamaciones derivadas de la venta en línea de servicios turísticos no encuentran solución a través de la vía judicial.

<sup>88</sup> La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha regulado por primera vez en el Derecho español el ejercicio procesal de acciones dirigidas a obtener una tutela de los intereses generales o supraindividuales de los consumidores y usuarios. Fuera ya de la LEC, también existen en algunos de los textos sustantivos de protección a los consumidores y usuarios antes enunciados normas de carácter procesal, aplicables a los litigios en que se sustancien controversias de naturaleza colectiva (*v.gr.*, normas sobre prueba en los arts. 26 y 28 LGDCU y en el art. 24 LSSI; sobre publicidad de sentencias, en el art. 21 LCGC o en el art. 31 LGP; sobre acumulación de acciones colectivas en el art. 16 LCGC). Tanto en la versión inicial de la LEC, como en las distintas leyes sustantivas, han incidido diversas directivas comunitarias, transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre.

<sup>89</sup> Véase la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE [COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)]. No serán abordados aquí los problemas más típicos del Derecho internacional privado que plantean las acciones colectivas, puesto que ya han sido enfrentados en la que puede considerarse como obra de referencia en España, de L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en europa*, Colección De Conflicto Legum, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la USC, 2009. De la misma autora se puede consultar asimismo “Acciones colectivas transfronterizas. Prospectiva de Derecho Internacional Privado europeo”, *Revista de Derecho privado y comunitario*, 2011, pp. 585-617.

2009/22/CE<sup>90</sup>. Las acciones de representación pueden iniciarse así en el supuesto de vulneraciones de un corpus jurídico mucho más amplio que el anterior incluyendo, entre otras, la legislación horizontal relativa a los consumidores y leyes sectoriales específicas de los ámbitos de los servicios financieros, la energía, las telecomunicaciones, los viajes y el turismo. Al igual que la Directiva sobre acciones de cesación, la Directiva 2020/1828 permite que las «entidades habilitadas» designadas por los EE.MM. interpongan acciones de representación, siempre que cumplan los criterios mínimos de reputación (art. 4.1º)<sup>91</sup>. Los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas estarán facultados para evaluar los acuerdos de financiación por parte de terceros (art. 10.3º). La propuesta exigirá a los EE.MM. que garanticen una «diligencia debida» en los procedimientos (art. 17) y que eviten que las costas procesales se conviertan en un obstáculo económico para interponer acciones de representación (art. 20.1º). Se informará adecuadamente a los consumidores del resultado de las acciones de representación y de cómo se beneficiarán de estas (art. 13). La propuesta también favorece los acuerdos colectivos extrajudiciales, sin perjuicio del control del órgano jurisdiccional o de la autoridad administrativa (art. 11). Las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier E.M., que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores, podrán ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica (art. 15). Asimismo, se permite a las entidades habilitadas interponer acciones de representación para obtener diferentes tipos de medidas, según corresponda, dependiendo de las circunstancias del caso, que incluyen medidas cautelares o definitivas para que cese o se prohíba la práctica de un comerciante, si se considera una infracción de la ley, y medidas que eliminen los efectos continuados de la infracción. Estas últimas podrían incluir órdenes de reparación y resoluciones declarativas que determinen la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados por las infracciones. Habrá que aguardar todavía, con todo, para comprobar si, en palabras de la propia Comisión, con la Directiva se alcanza un modelo que consiga “el equilibrio entre facilitar el acceso a la justicia para proteger los intereses de los consumidores y garantizar las salvaguardias adecuadas frente a litigios abusivos”<sup>92</sup>.

### 3. El procedimiento transfronterizo electrónico

25. La Declaración Ministerial de Administración Electrónica de Malmö, de 2009, entendió, como uno de sus cuatro ejes prioritarios, que “la movilidad en el mercado único ha de ser reforzada por servicios integrados de administración electrónica para la creación y la gestión de empresas, para el estudio, el trabajo, la residencia y la jubilación en cualquier país de la Unión Europea”<sup>93</sup>. Este acuerdo entre los máximos responsables de la Administración Electrónica (AE, desde ahora) de los EE.MM. supuso un espaldarazo definitivo a los servicios transfronterizos de AE dentro de la UE. El impulso al desarrollo de los mismos se consolidaría así en la denominada “Agenda Digital para Europa”<sup>94</sup>, así como en el “Plan de Acción de AE Europeo 2011-2015”<sup>95</sup>, que incluían ambos entre sus objetivos la disponibilidad en 2015 de un conjunto de servicios claves transfronterizos<sup>96</sup>. El ámbito de actuación de

<sup>90</sup> DOUE L/409, 4 diciembre 2020.

<sup>91</sup> Básicamente, los contenidos en el art. 4.3º a) a e): estar debidamente constituidas conforme a la ley de un E.M., ser entidades sin ánimo de lucro ni estar incurso en procedimientos de insolvencia, independientes y tener un interés legítimo en proteger el interés de los consumidores según la legislación pertinente de la UE; debiendo además hacer público que cumplen tales requisitos, según el apartado f).

<sup>92</sup> En un plazo de tres años, la Comisión tendría que evaluar la necesidad de establecer un Defensor del Pueblo Europeo especializado en acciones de reparación colectivas.

<sup>93</sup> Extraído de Observatorio de Administración Electrónica (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) “Los servicios de Administración Electrónica Transfronterizos. Haciendo Europa mediante el uso de tecnologías”, documento Marzo 2012, ([https://administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/dam/jcr:213798dd-0d13-43a5-bff9-3f61edc40585/Servicios\\_Transfronterizos\\_0.2.pdf](https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dam/jcr:213798dd-0d13-43a5-bff9-3f61edc40585/Servicios_Transfronterizos_0.2.pdf)) lugar de donde derivan asimismo los desarrollos que siguen a continuación.

<sup>94</sup> [http://ec.europa.eu/information\\_society/digital-agenda/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/index_en.htm).

<sup>95</sup> [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/egovernment/action\\_plan\\_2011\\_2015/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/egovernment/action_plan_2011_2015/index_en.htm).

<sup>96</sup> El concepto de los servicios transfronterizos de AE no era novedoso cuando se alcanzó dicho acuerdo. Dentro de los

los programas de promoción de la interoperabilidad se encontraba orientado a la creación de servicios e infraestructuras necesarios para la aplicación de actos y políticas comunitarios, la comunicación interinstitucional en la UE y el proceso de decisión comunitario; de manera que sus bases legales no proporcionaban los mecanismos necesarios para identificar, priorizar e impulsar servicios transfronterizos que a la postre requerían de una combinación de compromiso de los sectores afectados y de esfuerzo multilateral por parte de los EE.MM., lo que condujo a la Comisión Europea a establecer el mecanismo CIP (Programa de Competitividad e Innovación. Decisión 1639/2006/EC), que incluye una línea de actividad para impulsar el soporte de políticas públicas mediante las TIC (ICT PSP), al amparo de la cual se está avanzando en el desarrollo de pilotos de servicios transfronterizos, fuera del ámbito estricto de las competencias de la UE<sup>97</sup>. La construcción de los servicios transfronterizos de AE confirma lo profetizado en la Declaración Schumann en mayo de 1950: “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”. Estos programas piloto de gran tamaño, desarrollados en el marco del CIP, “son los primeros trazos de una colaboración multilateral entre los EE.MM. para construir la Europa digital, de geometría variable, pero que confluirá en los servicios clave que refuercen el mercado único y la movilidad de las personas”<sup>98</sup>.

**26.** Según un informe de la agencia Deloitte, casi tres millones y medio de litigios civiles y mercantiles han tenido repercusión transfronteriza en Europa<sup>99</sup>. Un marco jurídico del auxilio judicial internacional eficiente condiciona la manera en que la ciudadanía implicada en este tipo de causas percibe el funcionamiento del poder judicial y del Estado de Derecho en los EE.MM. Éste es el contexto en que cabe situar el compromiso de la Comisión, en su programa de trabajo para 2018, para elaborar propuestas de revisión del Reglamento sobre obtención de pruebas y, en lo que aquí concierne especialmente, del Re-

---

sucesivos programas de promoción de la interoperabilidad entre las Administraciones europeas (IDA, IDA II, IDABC), se habían alcanzado ya hitos importantes en cuanto al desarrollo tanto de servicios transfronterizos como de las infraestructuras horizontales necesarias para soportarlos. Así, por ejemplo, la Red TESTA que interconecta las Administraciones Públicas de la UE o el servicio europeo de empleo EURES, figuran entre los resultados de dichos programas, iniciados en 1995 (sobre el resultado de estos programas y el papel de España *vid.*, “Los servicios públicos Europeos de Administración Electrónica: Programa ISA y estado de situación de la integración de la Administración”, informe disponible en [http://administracionelectronica.gob.es/recursos/pae\\_020002227.pdf](http://administracionelectronica.gob.es/recursos/pae_020002227.pdf)). El acuerdo técnico más importante surgido en este ámbito es el Marco Europeo de Interoperabilidad (disponible en la dirección de Internet [http://administracionelectronica.gob.es/recursos/pae\\_000006268.pdf](http://administracionelectronica.gob.es/recursos/pae_000006268.pdf)), surgido de los grupos de trabajo del más reciente programa ISA (Soluciones de Interoperabilidad para Administraciones Públicas, Decisión 922/2009/CE), bajo la forma jurídica de comunicación de la Comisión Europea.

<sup>97</sup> La lista de proyectos financiados mediante CIP-ICT PSP es ya extensa (un listado completo de los mismos se recoge en [http://ec.europa.eu/information\\_society/apps/projects/index.cfm?menu=secondary&prog\\_id=IPSP](http://ec.europa.eu/information_society/apps/projects/index.cfm?menu=secondary&prog_id=IPSP)). En ella la participación de Administraciones y empresas españolas es intensa, España es el segundo país más implicado en CIP ICT PSP tras Italia, alcanzando un 11% de peso en términos económicos<sup>10</sup>. Entre los proyectos financiados dentro de este programa destacan los pilotos de gran tamaño (LSP – *Large Scale Pilots*), que buscan involucrar a los interesados, como las autoridades públicas, proveedores de servicios y centros de investigación en toda la UE en la implementación de soluciones comunes para ofrecer servicios públicos en línea y hacerlos accesibles a través de Europa. Los 5 pilotos de gran tamaño ahora en desarrollo son los siguientes:

- e-CODEX11, destinado a mejorar el acceso transfronterizo de ciudadanos y empresas a los medios legales en Europa, así como para mejorar la interoperabilidad entre las autoridades judiciales en la UE.
- epSOS12, cuyo objetivo es diseñar, construir y evaluar una infraestructura de servicios que demuestra la interoperabilidad transfronteriza entre sistemas de historiales médicos electrónicos en la UE.
- PEPPOL13, que busca habilitar la integración transfronteriza de contratación electrónica, mediante la conexión de las comunidades de licitación pública a través de soluciones basadas en estándares.
- SPOCS14, establecido para construir la segunda generación de ventanillas única de la Directiva de Servicios a través de la disponibilidad en las mismas de procedimientos electrónicos de alto impacto.
- STORK15, dirigido a crear una plataforma europea de interoperabilidad identificación electrónica, que permitirá a la ciudadanía establecer nuevas relaciones electrónicas transfronterizas con sólo presentar su identificación electrónica nacional.

<sup>98</sup> Observatorio de AE, *doc. cit. supra*.

<sup>99</sup> Dichas estimaciones se basan en los datos de Eurostat, la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa y la Comisión Europea, así como en la información recopilada durante las entrevistas realizadas al efecto. Se trata de una estimación para fundamentar la evaluación del impacto.

glamento 1393/2007, sobre notificación y traslado de documentos<sup>100</sup>. La evaluación de impacto<sup>101</sup> llegó a la conclusión de que se derivarían ventajas de la utilización de las comunicaciones electrónicas para la digitalización del sistema judicial, mediante la simplificación y agilización de los procesos judiciales transfronterizos y la cooperación judicial; e indicó, en particular, dos modificaciones esenciales: la obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas entre las agencias y la facilitación de la notificación y el traslado electrónicos; entendiéndose que ambas contribuirían a aumentar la eficiencia y la rapidez de los procesos y reducirían la carga que soportan los ciudadanos y las empresas. También introduce una nueva medida que facilita el acceso a la notificación o traslado directos de documentos, ampliando el ámbito de aplicación del artículo 15 del Reglamento<sup>102</sup>. Asimismo, se espera aumentar la previsibilidad del procedimiento, modificando las disposiciones relativas a la obligación inexcusable de proporcionar la información sobre el derecho a negarse a aceptar un documento, mediante el formulario normalizado que figura en el anexo II, la ampliación del plazo para ejercitar el derecho de negarse a aceptar un documento y la clarificación del cometido del órgano jurisdiccional de origen en la evaluación de dicha negativa. Contribuyen a su vez al aumento de la seguridad jurídica las comprobaciones que deben realizar los órganos jurisdiccionales antes de dictar una sentencia en rebeldía, con arreglo al artículo 19 del Reglamento. Se entiende además que la propuesta no supondrá costes importantes para las administraciones nacionales, sino que, más bien, redundará en ahorros, dado que las autoridades públicas nacionales saldrán beneficiadas de la reducción de los costes por la notificación y traslado por correo, el ahorro de tiempo debido a la mayor eficiencia en los procesos judiciales y la reducción de la carga administrativa y los costes laborales<sup>103</sup>.

## V. Hacia un Derecho internacional privado híbrido, protector de intereses colectivos

### 1. La protección de los bienes culturales

27. Los problemas relativos al tráfico internacional de bienes culturales son una cuestión de interés global, que afectan tanto al individuo como al colectivo y donde confluyen una pluralidad de intereses: de una parte, de los Estados que, dependiendo de su consideración como importadores o exportadores de arte, perseguirán la liberalización o la intervención en el mercado del arte, desde un nacionalismo cultural<sup>104</sup>. De otra parte, de los particulares, tanto compradores como vendedores, que

<sup>100</sup> Programa de trabajo de la Comisión para 2018: “Un Programa para una Europa más unida, más fuerte y más democrática” [COM(2017) 650 final], de 24.10.2017, anexo II, puntos 10 y 11. la aplicación del Reglamento ha sido objeto de evaluaciones pormenorizadas en los últimos años en estudios e informes de la Comisión y en los debates entablados en la Red Judicial Europea, figurando un listado exhaustivo de los mismos el informe anexo (8) a la evaluación de impacto adjunta a la propuesta de la Comisión [SWD(2018) 287 final], pp. 11-15. Además, la Comisión ha llevado a cabo una amplia consulta de las partes interesadas: del 8 de diciembre de 2017 al 2 de marzo de 2018 se llevó a cabo una consulta pública que abarcó tanto el Reglamento (CE) n.º 1393/2007 como el Reglamento (CE) n.º 1206/2001, recibiendo un total de 131 contribuciones (principalmente de Polonia, seguida de Alemania, Hungría y Grecia). Dos reuniones sobre el tema de la Red Judicial Europea trataron los problemas prácticos y las mejoras posibles, tanto del Reglamento sobre notificación y traslado de documentos como del Reglamento sobre la obtención de pruebas. Asimismo, se organizó una reunión específica con los expertos gubernamentales de los EE.MM. el 4 de mayo de 2018. El 16 de abril de 2018 se celebró un taller compuesto por las partes interesadas seleccionadas por su especial interés en los asuntos relativos a las causas judiciales transfronterizas. Además, el grupo de expertos sobre la modernización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil celebró seis reuniones entre enero y mayo de 2018 y se llevaron a cabo dos estudios jurídicos comparativos extensos sobre la normativas y las prácticas de los EE.MM. en materia de notificación y traslado de documentos a fin de detectar los problemas que puedan surgir en la aplicación del Reglamento.

<sup>101</sup> Presente en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión [SWD(2018) 287]. El Comité de Control Reglamentario revisó el proyecto de evaluación de impacto en una reunión celebrada el 3 de mayo de 2018 y emitió un dictamen favorable con observaciones el 7 de mayo de 2018, que a su vez tuvo en cuenta la DG de Justicia.

<sup>102</sup> Al permitir que a) los organismos transmisores y b) los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto en el E.M. de origen y en el territorio de todos los EE.MM. puedan notificar o trasladar directamente los documentos, la transmisión de estos sería más directa y rápida.

<sup>103</sup> La propuesta, tras ser votada favorablemente en el Parlamento Europeo el 13 de febrero de 2019, ha sido objeto de 14 debates en el Consejo desde el 6 de junio de 2018 hasta el 7 de febrero de 2020.

<sup>104</sup> B. L. CARRILLO CARRILLO, “Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y derecho internacional privado”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2001, pp. 205-334

buscan también el establecimiento de un libre mercado, desde un internacionalismo cultural<sup>105</sup>, frente al del poseedor de buena fe de un bien cultural exportado ilegalmente o al del propietario desposeído, que buscan su satisfacción. Por último, cabe mencionar también el interés general en la preservación del patrimonio cultural de la humanidad<sup>106</sup>. En este marco, se insertan tanto la Directiva 2014/60/UE, de 15 de mayo de 2014<sup>107</sup> como su norma de transposición al ordenamiento español, la Ley 1/2017<sup>108</sup>, de 18 de abril. La Directiva delimita su ámbito objetivo en relación con la restitución de los bienes culturales, parte de un patrimonio nacional, que hayan abandonado su país de forma ilícita. El legislador español, por su parte, realiza un desglose de la escueta redacción comunitaria, recogiendo las condiciones para la restitución de un bien cultural que se encuentre en otro E.M. de la UE por su salida ilegal y también la situación opuesta (la acción de restitución sobre un bien cultural de otro E.M.) que se encuentre en nuestro territorio y de la que conocerán nuestras autoridades<sup>109</sup>. De este modo, el artículo segundo de la Directiva recoge un listado de definiciones para delimitar el ámbito tanto subjetivo como objetivo de la norma<sup>110</sup>,

<sup>105</sup> L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, “Las vicisitudes del patrimonio cultural: arte y derecho” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz de 2006*, Vitoria, 2007, pp. 240-270.

<sup>106</sup> No existe un concepto general y comúnmente aceptado de “patrimonio cultural” o siquiera de “bien cultural”. Si bien es cierto que todos los instrumentos normativos contemplan definiciones de manera más o menos completa y exhaustiva, las mismas solo definen el concepto en función del ámbito de protección jurídica que pretenden otorgarle, pero en ningún texto se proporciona una noción que aúne todas las características globales de un “bien cultural”, dado que cada cuerpo legal adopta el concepto más ajustado al fin concreto que persigue. Existen, por tanto, diversas tesis respecto a su clasificación: desde una perspectiva maximalista (E. R. HARVEY, *Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el mundo*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 251-252) que parte de la definición del concepto de “cultura”, un bien cultural sería aquel que “referencia a la historia en su más amplio sentido, historia comprensiva de todas las facetas o aspectos del actuar humano” (C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1990, p. 116) o historia de la civilización (M. S. GIANNI, “I beni culturali”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. LXXVI, n°1, 1976, p. 6) debiendo servir de testimonio de una cultura anterior, de un suceso histórico o de la evolución. Desde una perspectiva minimalista (como sucede con la Convención Europea sobre las infracciones relativas a los bienes culturales, de 23 de junio de 1985) el status de bien cultural lo tendrían aquellas obras cuyo valor cultural se haya reconocido por su importancia excepcional en el país del que se trate. Finalmente, desde una perspectiva descriptiva, propia de los países del *common law*, se entenderá por bien cultural aquel que haya sido calificado como tal por una autoridad competente en un momento determinado, en un Estado determinado. De este modo, las definiciones parecen limitarse al patrimonio arquitectónico y arqueológico, privilegiando el aspecto material o físico de estos bienes en la sociedad, olvidando la cuestión clave de las funciones diversas que cumplen los bienes culturales en la sociedad contemporánea (N. CAMPS MIRABET, *La protección internacional del patrimonio cultural*, Universidad de Lleida, 2000, p.113). No obstante, cabe afirmar que, independientemente del criterio adoptado para definir lo que es un “bien cultural”, éste es un concepto formal que constituye una categoría jurídica plenamente aceptada en el Derecho Internacional Contemporáneo, especialmente, a partir de la segunda guerra mundial (*Ibid.*, p. 111)

<sup>107</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOUE L/159, 28 de mayo de 2014).

<sup>108</sup> Sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal de territorio español o del de otro E.M. de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 (BOE núm. 93, de 19 de Abril de 2017).

<sup>109</sup> Este precepto supone una de las principales innovaciones frente a la regulación anterior, donde la delimitación del objeto era mucho más estricta pues, aparte de referirse únicamente a bienes culturales que tuviesen el reconocimiento de patrimonio nacional, debía de tratarse piezas reconocidas en su anexo, donde establecía un *numerus clausus* de posibilidades que dejaba fuera en la práctica a otros bienes que ciertamente pudiesen tener valor cultural o artístico, amén de otras restricciones como un umbral de antigüedad o de valor económico que las obras habrían de superar para que la norma desplegara sus efectos protectores sobre ellas (*vid.* Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, transpuesta en España por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre). Además, la propia Directiva 2014/60 recoge la posibilidad de ser aplicada a bienes culturales distintos de los definidos en su texto (art. 15.1°), incluyendo tácitamente un *numerus apertus* que expresa el refuerzo del carácter protector que se le intenta dar a la norma.

<sup>110</sup> Tanto en la Directiva como en la ley española se recoge la definición de bien cultural, el que esté clasificado como «patrimonio artístico, histórico o cultural», con arreglo a la legislación o a procedimientos administrativos nacionales en el marco del artículo 36 TFUE, (importante matiz temporal, al indicar que la clasificación es independiente del momento de salida del bien cultural del territorio del Estado del que es patrimonio). En virtud del artículo 15.1 de la Directiva -que recoge la posibilidad de aplicarla a otros bienes que no encajen en la definición del precepto del artículo 2.1°- el legislador español introduce el texto del artículo 2.1.b. protegiendo, como recoge en su Preámbulo “bienes de valor histórico, paleontológico, etnográfico, numismático y científico”; ampliando así el concepto de bien cultural para abarcar otros bienes que sin ser propiedad del Estado puedan beneficiarse de esta protección por su importancia histórico-artística, como los de las instituciones eclesiásticas, colecciones públicas y aquellos que se encuentren incluidos tanto en la Ley de Patrimonio Histórico Español y en las leyes autonómicas de patrimonio, como en el reglamento del Consejo Europeo relativo a la exportación de bienes culturales, bien públicos o privados.

expresando además en su artículo 3 que la restitución de los bienes que hayan salido ilícitamente de un E.M. se regirá por la Directiva y el procedimiento en ella recogido, siendo una de las principales innovaciones que incluye (artículo 4) la necesidad de crear una autoridad central única, en cada E.M., con competencias propias en esta materia (artículo 5) entre las que se incluirían: la localización de un bien cultural determinado por petición del Estado requirente, la notificación a otros EE.MM. del hallazgo de bienes culturales presuntamente ilícitos en su territorio, ayudar a la verificación de estos mismos en un plazo de seis meses desde la notificación, la adopción de medidas para la conservación del bien cultural y para evitar que no se aplique el procedimiento de restitución y su actuación como intermediario en ciertas ocasiones, como en el procedimiento arbitral<sup>111</sup>. La piedra angular del sistema es la acción de restitución del bien cultural que el E.M. requirente podrá interponer contra el poseedor y, en su defecto, contra el tenedor, ante los tribunales competentes del E.M. requerido, cuando dicho bien hubiera salido de forma ilegal de su territorio (artículo 6).

**28.** La explotación de pueblos y territorios puede conducir al comercio ilícito de bienes culturales, en particular, cuando tiene su origen en un contexto de conflicto armado. La apropiación de bienes del Patrimonio artístico, arqueológico o histórico sin consentimiento de las autoridades del Estado propietario del bien ni observancia de las normas de protección de bienes culturales (que se conoce como “expolio”) es una práctica muy antigua<sup>112</sup>. La UE es consciente de que deben adoptarse normas comunes sobre el comercio con terceros países a fin de garantizar la protección eficaz contra el comercio ilícito de bienes culturales, así como contra su pérdida o destrucción, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad y la prevención de la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales a través de la venta a compradores en la Unión de bienes culturales saqueados<sup>113</sup>. De este modo, el Reglamento establece “las condiciones

<sup>111</sup> Nuestra norma de transposición reúne todo esto de manera casi literal en un único artículo (el tercero) y nombra como Autoridad Central Competente a la Secretaría de Estado de Cultura, sin perjuicio de que en el punto 3.3 se aluda al Consejo de Patrimonio Histórico Español como mediador entre los órganos de las comunidades autónomas y la administración general. El medio que la Directiva aporta para que las autoridades centrales de los Estados puedan desempeñar tales funciones y mantener una comunicación más estrecha que redunde en una mejor cooperación entre ellas es el IMI, el Sistema de Información del Mercado Interior (artículo 7). La ley española aúna estas menciones en su artículo 4.

<sup>112</sup> El primer expolio documentado aconteció en el siglo XII a.C., en Egipto, a cargo de Paweera, monarca (alcalde) de la ribera occidental de Tebas, donde se situaban las tumbas del Valle de los Reyes, que fue acusado por Paser, su homólogo de la orilla oriental (J. A. MARTÓS, “El expolio del mundo antiguo: Saqueadores del pasado”, *Muy Historia*, nº 63, Mayo 2015, p. 20). Históricamente, el expolio se ha ido configurando como un *ius predae*, del vencedor sobre el vencido (C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La protección internacional de los bienes culturales en tiempos de guerra”, en A. L. CALVO CARAVACA Y S. AREAL LUDEÑA (Coords.), *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, Colex. Madrid, 2005, p. 131) como modo de sufragar parte de las pérdidas tanto económicas como personales ocasionadas por la guerra. Desde el siglo XII a.C. hasta el fin de la Edad Media es una práctica que se repite en cualquier conflicto armado, indistintamente del Estado de origen o de la religión que practicara el vencedor. Célebre es el caso de las campanas de la Catedral de Santiago, robadas por el caudillo musulmán Almanzor en el año 997, y trasladadas hasta Córdoba, capital del califato, para ser devueltas a su iglesia de origen con la reconquista, dos siglos después. A partir de 1527, con el *Saco di Roma*, en pleno Renacimiento, se comenzó a apreciar el valor cultural de las obras expoliadas con esta práctica. En este mismo siglo, a consecuencia del descubrimiento de América, comienza una nueva fase, caracterizada por una apropiación auspiciada y legitimada por los propios Estados, independiente de las conquistas bélicas, basada en el colonialismo y el expolio de la riqueza de los pueblos autóctonos, que las naciones europeas van a utilizar de forma agresiva. Este cambio de paradigma llegará a revestir importantes consecuencias políticas, económicas e, incluso, jurídicas. Así, el expolio llevado a cabo por orden del Zar Iván el Terrible sobre la artesanía peletera de los pueblos de Siberia, que acabó derivando en una invasión de sus tierras, convirtió a Rusia en el territorio más grande del planeta, iniciando su carrera como potencia mundial. Por otro lado, las actuaciones de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales sobre los recursos de los pueblos colonizados avanzaron la instauración del capitalismo moderno, pues el ingente patrimonio amasado acabó convirtiéndola en la primera empresa cotizada, mediante la creación de la primera bolsa de valores, en 1608. Leyenda negra española, aparte.

<sup>113</sup> Tal vez estas buenas intenciones sean fruto de un examen de conciencia, mirando hacia la Historia moderna y contemporánea de los propios países europeos. Durante el S.XVIII -en parte gracias a los principios de la Ilustración, en parte a los valores del Neoclasicismo- surgió un fervor por la arqueología que, consecuentemente, impulsó la realización de excavaciones, como es el caso de Herculano (1738) y Pompeya (1746) que -aparte del fin del conocimiento mejor de la cultura romana- contaba con el de la obtención de piezas artísticas de esa época. Si bien la sociedad del momento estaba configurada de otra manera (existía una burguesía influenciada por el arte neoclásico, con pretensiones cosmopolitas, que veía en el mercado de antigüedades el potencial para una mejor consideración social) el coleccionismo se extendió a todos los rincones, impulsando la creación de los museos. Espacios como el *British Museum* (1753) o el Museo del Louvre (1793) serán los cooperadores necesarios para nuevas adueñaciones al margen de la legalidad y del rigor arqueológico. La llegada al poder de Napoleón Bonaparte -que in-

para la introducción de bienes culturales y las condiciones y procedimientos para la importación de bienes culturales con fines de salvaguardia del patrimonio cultural de la humanidad y de prevención del comercio ilícito de bienes culturales, en particular en los casos en los que dicho comercio ilícito pueda contribuir a la financiación del terrorismo” (artículo 1). En consecuencia, la UE prohíbe la introducción en su territorio aduanero de bienes culturales exportados ilícitamente desde terceros países, “prestando especial atención a los bienes culturales procedentes de terceros países afectados por conflictos armados, en particular cuando dichos bienes culturales hayan sido objeto de comercio ilícito por parte de organizaciones terroristas u otro tipo de organizaciones criminales”<sup>114</sup>. Se establece al efecto, mediante el Reglamento 2019/880, un sistema

---

vadió territorios con el pretexto del mejor conocimiento de su cultura ancestral, siguiendo principios ilustrados (como Egipto e Irak)- confirmó un nuevo sistema de expolio, pues las diferentes naciones acaparadoras de bienes culturales de otros territorios habían llegado a una conclusión después del saqueo de América: la debilidad e inestabilidad política de un país propiciaba el latrocinio cultural. Así, por ejemplo, durante el S.XIX se realizaron excavaciones y usurpaciones aprovechándose de la precaria situación de los países que formaban parte del imperio otomano y se encontraban en una deficiente situación geopolítica. Hay ejemplos muy conocidos y otros menos:

- En 1790, el artista THOMAS JENKINS se percató de que el comercio de antigüedades artísticas era más rentable que su propia profesión, por lo que decidió dedicarse a la extracción y venta masiva de éstas: el Discóbolo de la Villa Adriana de Tivoli, acabó en el *British Museum*, merced a sus servicios, que también empleó en el caso de la Venus Barberini
- En 1801, THOMAS BRUCE, conde de Elgin, amante de la arqueología griega, consiguió una orden personal del sultán otomano para poder llevarse cualquier pieza de piedra del Partenón, bajo el pretexto de la protección de las mismas frente a la desatención de los turcos, por lo que decidió llevarse los mármoles a su casa, en Reino Unido. Las deudas que le ocasionaron las excavaciones y los sobornos a diferentes autoridades hicieron que acabase vendiéndoselos al Estado, pasando así a formar parte de la colección del *British Museum*. Los Mármoles de Elgin suponen un 37,5% de los frisos del Partenón, aparte de otras figuras y esculturas robadas, como las piezas del templo de Atenea Niké, o incluso una columna y una cariátide del Erecteión.
- Tras la campaña francesa en Egipto (1801), con muchos bienes pendientes de ser enviados a Francia, los británicos cercaron a los franceses haciéndose, entre otros, con la Piedra Rosetta, clave para descifrar los jeroglíficos por R. CHAMPOLION, trasladándola hasta el *British Museum* donde permanece hasta hoy, siendo una de sus piezas más visitadas.
- HENRI SCHLIEMANN, millonario prusiano apasionado de la arqueología, dedicó su vida a demostrar que los relatos homéricos se basaban en escenarios históricos reales, atribuyéndosele el descubrimiento de la antigua Troya. En tal búsqueda, al carecer de preparación, propició la destrucción de otros estratos posteriores, perdiendo así valiosísima información histórica y cultural. En 1873, se hizo con el llamado “Tesoro de Príamo” y, sin permiso del sultán otomano, lo transportó a Grecia, enfureciendo a las autoridades turcas, que decidieron llevarlo ante los tribunales griegos, siendo el primer caso de confrontación internacional por restos arqueológicos. El Tribunal falló en favor del imperio otomano obligando a SCHLIEMANN al pago de una multa al Museo de Constantinopla (paradójicamente no se obligó a la devolución de las piezas, que hoy en día se encuentran en Rusia).
- El Altar de Pérgamo, como indica su nombre, es una construcción parte de un templo cumbre del estilo escultórico helenístico. Fue trasladado a Berlín en 1886, donde pasó a formar parte de la colección del Museo de Pérgamo.
- En 1901, JACQUES DE MORGAN encontraría en una excavación realizada en Irán, antigua Mesopotamia, una estela de diorita de 2,25 metros de alto con inscripciones a su alrededor, y decidió llevársela a su país, para que fuese objeto de estudio y traducción. Una vez en Francia, se dedujo que se trataba del Código de Hammurabi (actualmente, en el Museo del Louvre).
- Entre 1902 y 1914, Alemania propició expediciones arqueológicas, entre ellas excavaciones, en los que era la antigua Babilonia, muy próxima a Bagdad, descubriendo los restos de las puertas de las murallas que guardaban la ciudad, que fueron trasladadas a Berlín, para su reconstrucción, donde actualmente se exhiben. Su pieza principal es la puerta de Ishtar, realizada en lapislázuli.
- En 1913, el arqueólogo LUDWIG BUCKHART se hace con el busto de Nefertiti, engañando a las autoridades egipcias y consigue llevarlo hasta Berlín, donde se encuentra actualmente.
- Finalmente, en España, destaca el expolio realizado por las tropas napoleónicas en su invasión, llevándose consigo gran parte de la pintura barroca española y flamenca. En el transporte de estas obras a Francia, el general inglés WELLINGTON interceptó la caravana que había salido del Palacio Real de Madrid, contactando con el rey FERNANDO VII, con intención de devolverla, quien decidió que se las quedara. Por otra parte, a principios del s. XX, el magnate estadounidense WILLIAM RANDOLPH HEARST se hizo con la reja de la Catedral de Valladolid, que tuvo que vender para una recuperación económica, y hoy en día se encuentra en el *Metropolitan Museum* de Nueva York. Suerte parecida corrió el Monasterio de Sacramenia, comprado por él y llevado piedra a piedra a Miami, si bien tuvo que deshacerse de su propiedad con el mismo fin.

<sup>114</sup> Tal y como se aclara en el considerando tercero del Reglamento, donde también se señala que “mientras sea posible participar en un comercio lucrativo de bienes culturales excavados ilícitamente y obtener beneficios de dicho comercio sin grandes riesgos, tales excavaciones y saqueos seguirán produciéndose. Debido a su valor económico y artístico, los bienes culturales acusan una fuerte demanda en el mercado internacional. La ausencia de medidas jurídicas internacionales firmes y la ineficaz aplicación de las medidas existentes dan lugar a que estos bienes pasen a la economía sumergida”. En este sentido, la solución adoptada se encuentra dentro de una filosofía semejante a la que preside el denominado “Proceso Kimberley”, sobre el

de licencias de importación (regulada en el artículo 4; expedida por la autoridad competente del Estado miembro en el que los bienes culturales se incluyan por primera vez en uno de los regímenes aduaneros a los que se refiere el artículo 2, punto 3) o de declaración del importador (regulada en el artículo 5). El instrumento a elegir dependerá del tipo de bien (los que figuran en el anexo B, para las primeras; los del anexo C, para las segundas), que se deberán facilitar a las autoridades aduaneras facultadas (artículo 3.2º), las cuales podrán limitarse en número (artículo 6), debiendo cooperar entre ellas (artículo 7), así como con las autoridades competentes de los EE.MM. señaladas en el artículo 4. Con ello se pretende, en suma, “garantizar que determinadas importaciones de bienes culturales sean sometidas a controles uniformes en el momento de su entrada en el territorio aduanero de la Unión, sobre la base de los procesos, procedimientos e instrumentos administrativos existentes” (considerando 4).

## 2. La protección internacional de los recursos genéticos

29. Según el artículo 2.10º del Convenio de Diversidad Biológica (CDB)<sup>115</sup>, un “recurso genético” es “aquella materia de origen animal, vegetal, o microbiano, que contiene información genética y que tiene importancia real o potencial”. Estos recursos suponen actualmente no solo una fuente de innovación científica, sino también de explotación industrial. El Protocolo de Nagoya surge como instrumento jurídicamente vinculante para tratar de paliar las carencias acumuladas del CDB (particularmente, en cuanto a su tercer objetivo, relativo a la participación justa y equitativa en los beneficios) y las denominadas “Directrices de Bonn”<sup>116</sup>. El Protocolo afina tanto la regulación de acceso a los recursos como obligaciones generales de participación en beneficios (artículo 1), profundizando así en la protección otorgada a los recursos genéticos contenida en el artículo 15 del CDB (artículo 3 de Nagoya)<sup>117</sup>. Para determinar si se activa o no este mecanismo de protección (cuestión que en todo caso queda al arbitrio de las Partes, que pueden decidir en qué casos se activa), será crucial el propósito que tenga el acceso a los recursos genéticos, con tres posibilidades: primera (excluida del ámbito del Protocolo), que dicho acceso tenga como objetivo emplear un determinado recurso como materia prima; segunda, que

---

tráfico ilícito de diamantes (cuestión que ha sido abordada en profundidad en nuestra doctrina por P. DIAGO DIAGO, “El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2009, vol. 1/1, pp. 72-91; *id.*, “Los diamantes de conflicto y el comercio internacional: necesaria evolución del sistema de certificación del proceso Kimberley (PK)”, *Diario La Ley*, nº 8364, 2014).

<sup>115</sup> Adoptado en mayo de 1992, en Nairobi, tras una compleja negociación en el seno del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). En junio de 1992 se abrió para su firma, durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro, entrando en vigor el 29 de diciembre de 1993. En la actualidad, son parte en el mismo 195 Estados y la UE, en su conjunto (lista de EE.MM. del Convenio en <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>). Como ausencia significativa cabe destacar a los EE.UU., que lo firmó bajo la administración Clinton pero se ha negado a ratificarlo, justificando su decisión alegando en el acta final de Nairobi un insatisfactorio tratamiento de la regulación de propiedad intelectual (*vid.* texto de la Declaración en *International Law Magazine*, 1992, vol. 31, p. 848).

<sup>116</sup> El CDB revolucionó la concepción jurídica de la protección de los recursos biológicos y, en particular, de los genéticos; pero contaba con una aplicabilidad limitada que se puso de manifiesto, por ejemplo, en la negativa de los Estados Unidos a formar parte del mismo. En este contexto, la Conferencia de las Partes estableció un grupo de trabajo de composición abierta sobre acceso y distribución de beneficios, con el objetivo de elaborar directrices para ayudar a la implantación del Convenio, sobre todo en lo que respecta a sus disposiciones sobre acceso y distribución de beneficios. Fruto de la labor de dicho grupo de trabajo son las Directrices de Bonn, aprobadas por la Conferencia de las Partes en abril de 2002. No es un instrumento vinculante, pero está diseñado para ser ampliamente aceptado por las Partes (han sido adoptadas unánimemente por 180 países, si bien con críticas, particularmente por los países en desarrollo, a su falta de obligatoriedad), pudiendo considerarse normas de *soft law* especializadas en la regulación internacional de acceso a recursos genéticos (M. MELGAR FERNÁNDEZ, *Las relaciones entre los regímenes de la biodiversidad y la propiedad intelectual en el Derecho Internacional Contemporáneo: un enfoque integrado*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2003, p. 114).

<sup>117</sup> Si bien el Protocolo expande la definición de “recurso genético” para incluir ciertos compuestos bioquímicos; además, también se acota la referencia al “uso de recursos genéticos”, ya que se especifica que los mecanismos del Protocolo solamente se activarán cuando el acceso tiene fines de desarrollo, investigación o innovación sobre el material genético o los compuestos bioquímicos (artículo 2.c.). Por la Decisión CDB 2/11, “Acceso a recursos genéticos”, de 30 de noviembre de 1995, ya se había acordado excluir del CDB los recursos genéticos humanos. Por su parte, Nagoya no ha sido un instrumento jurídico fácil de acordar, tomando seis años las negociaciones y nueve reuniones del grupo de trabajo, con la asistencia de cuatro grupos de expertos adicionales; el texto final fue acordado el 30 de octubre de 2010.

tenga como objetivo el acceso a genoma para su aprovechamiento posterior (situación más claramente prevista en el Protocolo); y tercera, que se pretenda acceder al genoma, por propósitos de investigación básica. Dichos escenarios deberán ser examinados por la autoridad competente para activar las medidas correspondientes. Por otra parte, el artículo 8 obliga a las Partes a atenuar las disposiciones de acceso a recursos en relación con la investigación no comercial, en casos de emergencia relacionados con salud humana, animal o vegetal, así como para el acceso a recursos aplicados a la alimentación y la agricultura<sup>118</sup>. Además, el artículo 5.1º establece la obligación (heredada del CDB y de Bonn, aunque aquí con carácter imperativo) de repartir los beneficios derivados del uso de recursos genéticos y de aplicaciones subsecuentes, así como de su comercialización, de forma justa y equitativa con la parte que los aporte; examinando en particular la situación de las comunidades indígenas en relación a los recursos genéticos y a conocimientos tradicionales asociados a los mismos<sup>119</sup>. Finalmente, los artículos 15 a 18 incluyen una serie de previsiones de cumplimiento normativo que suponen la mayor innovación introducida por el Protocolo, ya que es de los pocos aspectos completamente nuevos respecto del CDB o las Directrices de Bonn. Responden las dificultades de países proveedores de recursos (suelen ser países en desarrollo) para prevenir, detectar y remediar vulneraciones de sus medidas internas en tal ámbito<sup>120</sup>.

**30.** Para poder conjugar adecuadamente los intereses contrapuestos en relación con el derecho de acceso y el oportuno reparto de beneficios entre el titular del recurso y el interesado en su explotación cobra especial relevancia, en el marco del Protocolo, el necesario acuerdo mutuo entre ambas partes, donde se fijarán las distintas condiciones que van a regular con mayor detalle esos dos aspectos centrales. En tanto se deja cierta libertad a las partes, con independencia del modelo legal o puramente contractual que se siga, nos encontramos de lleno en el ámbito del Derecho privado; y, al tratarse además, por lo general, de relaciones con elemento extranjero, cobran especial relevancia los mecanismos propios del Derecho internacional privado que, en concreto, se fijan en el artículo 18<sup>121</sup>. Si atendemos a su contenido, este artículo parece inspirado en el principio de reconocimiento mutuo presente en la regulación de la cooperación internacional en materia de asuntos civiles transfronterizos del artículo 81 TFUE. Regresamos de nuevo entonces a la dialéctica entre el principio del país de origen y el principio del país de recepción, como regla general subsidiaria respecto de la autonomía de la voluntad. Sobre todo, si consideramos que se trata de permitir el acceso, por parte de un Estado, a los recursos genéticos existentes en su territorio, donde se encuentra el origen de los mismos. Asimismo, cabe destacar que los redactores del Protocolo parecen asumir un modelo contractual como dominante, en detrimento del legal, al no establecer una obligación para que los EE.MM. regulen los aspectos relativos al Derecho

<sup>118</sup> T. GREIBER y otros, *Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*, Gland (Suiza), UICN, 2013, p. 114.

<sup>119</sup> El Protocolo es novedoso a la hora de considerar, de forma amplia, los derechos de las comunidades indígenas y locales a la hora de explotar recursos genéticos relacionados con sus conocimientos tradicionales. De acuerdo con su artículo 5.2º, las Partes deben tomar medidas políticas, legales y administrativas que aseguren que los beneficios derivados del uso de estos conocimientos sean repartidos de modo justo e igualitario con las comunidades indígenas y locales que los apliquen. Esta es una obligación importante para dar cumplimiento a algunos de los objetivos del CDB (por ejemplo, su artículo 15.7º).

<sup>120</sup> En líneas generales, el artículo 15 se aplica a situaciones en que se accedió a un recurso genético sin respetar la legislación interna sobre consentimiento informado y condiciones mutuamente acordadas; mientras que el 16, con un enfoque similar, entrará en juego cuando la legislación vulnerada afecte a normativa de acceso a conocimientos tradicionales; el artículo 17 establece medidas de vigilancia y supervisión, así como, en particular, la designación de puntos de verificación; por último, el artículo 14, si bien no está incluido en este grupo de normas, crea un mecanismo de intercambio de información que facilita la aplicabilidad del Protocolo en general, y de los artículos 15 a 18, en particular.

<sup>121</sup> “1. Al aplicar el párrafo 3 g) i) del artículo 6 y el artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen: (a) La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias; (b) La ley aplicable; y/u (c) Opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje. 2. Cada Parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas. 3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a: (a) Acceso a la justicia; y (b) La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales. 4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al artículo 31 del presente Protocolo”.

internacional privado, empleándose el verbo “alentar” y dirigiéndose a las partes para que contemplen tales aspectos dentro de “las condiciones mutuamente acordadas” (lo que no impide, obviamente, que cualquier Estado pueda adoptar una normativa propia al respecto). En suma, proveedores y usuarios de los recursos genéticos serán libres de acordar las condiciones que estimen oportunas, incluyendo entre ellas los aspectos de Derecho internacional privado, por lo que los problemas relativos a tal regulación deberán examinarse a la luz del modelo elegido en cada Estado<sup>122</sup>.

**31.** En el Derecho internacional actual, la discusión sobre ciencia gira en su mayor parte en torno a la gobernanza y diplomacia científicas, más que reflexionar sobre los derechos humanos que, sin embargo, incluyen el derecho a “disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones” (artículo 15.1º.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o PIDESC). De ahí que, durante su sesión de febrero de 2020, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de la ONU haya adoptado un nuevo Comentario General (CG 25) sobre la relación entre la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), centrándose precisamente en dicho artículo 15.1.b. El CG 25 llega en un momento en que las implicaciones de la ciencia para los derechos humanos son particularmente pertinentes y reciben una gran atención pública, debido a la pandemia del covid-19 y la crisis climática en curso. También es muy relevante para los debates contemporáneos sobre inteligencia artificial y tecnología de vigilancia. El CG 25 aborda estos temas y destaca en todo momento cómo la desigualdad económica socava el disfrute igualitario de los derechos del artículo 15 del PIDESC y cómo el acceso igualitario a la educación científica y a los beneficios del progreso científico puede contribuir a romper el círculo vicioso que genera tal desigualdad<sup>123</sup>. La Sección II de la CG25 identifica y define el contenido normativo, estableciendo el significado del término “progreso científico y sus aplicaciones” y dejando claro que el artículo 15.1.b consagra un “derecho a participar y disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (REBSPA)”<sup>124</sup>. En lo que aquí concierne más directamente, la sección V de la CG25 se refiere a “temas especiales de amplia aplicación”, entre otros, la relación “compleja” entre REBSPA e investigación científica privada y la propiedad intelectual (PI),

<sup>122</sup> Cabe subrayar la preeminencia del principio de autonomía de voluntad para las partes como rasgo general en el Derecho comparado. A lo sumo, asistimos a algún ejemplo aislado de regulación, a modo de *soft law*, como sucede en el caso de Australia (*Model Access and Benefit Sharing Agreement between Access Provider and Access Party, proposed by the Australian Government*, disponible en <https://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/texts/australiamodel.html>). La tónica general, no obstante, al menos en la mayoría de los países desarrollados, como EE.UU. o los EE.MM. de la UE, es la ausencia de normas específicas de Derecho internacional privado. En el caso concreto de España, no se contienen normas de este tipo en el Real Decreto 124/2017, de 24 de febrero, relativo al acceso a los recursos genéticos procedentes de taxones silvestres y al control de la utilización (lo que no es de extrañar, puesto que el Reglamento UE que está en su origen tampoco las incluye).

<sup>123</sup> El CG 25 se deriva del CG 17 del Comité, sobre “el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de cualquier producción científica, literaria o artística de la que sea autora”, que se centra también en el mencionado artículo 15.1.b del Pacto, buscando desarrollar una relación más amplia entre la ciencia y los DESC. El Comité se sintió motivado a desarrollar el CG25 por entender que “la ciencia es una de las áreas del Pacto a las que los Estados Partes prestan menos atención en sus informes y diálogos con el Comité”.

<sup>124</sup> La Sección III establece los cinco elementos esenciales del derecho: a) “disponibilidad”, que “significa que se está produciendo un progreso científico y que los conocimientos científicos y sus aplicaciones están protegidos y ampliamente difundidos”; b) “accesibilidad”, que requiere que el progreso científico y sus aplicaciones sean accesibles para todas las personas, sin discriminación; c) “calidad”, que requiere que el acceso a las aplicaciones de la ciencia sea “a la ciencia más avanzada, actualizada, generalmente aceptada y verificable disponible en ese momento”; d) “aceptabilidad”, que implica que la ciencia debe “difundirse de tal manera que facilite su aceptación en diferentes contextos culturales y sociales”; y e) la protección de la libertad de investigación, que está específicamente protegida por el art. 15.3. En esta sección también se identifican límites aceptables al derecho, como las medidas que buscan “garantizar la seguridad y calidad de los productos utilizados por las personas. La Sección IV establece las obligaciones de los Estados: obligaciones generales, como el deber de “tomar medidas, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para la plena realización del derecho”, la fuerte presunción de que las medidas regresivas no son permisibles y la obligación inmediata de eliminar todas las formas de discriminación contra individuos y grupos en su disfrute del derecho; también la forma en que “se debe prestar especial atención a ciertos grupos que han experimentado discriminación sistémica en el disfrute del derecho, como mujeres, personas con discapacidad, LGBTI, pueblos indígenas y personas en situación de pobreza”. En este sentido, el CG 25 detalla la forma en que “la desigualdad económica obstaculiza el acceso equitativo a la educación científica y a los beneficios del progreso científico para los hogares de bajos ingresos” y pide a los Estados que hagan todos los esfuerzos posibles para romper el “círculo vicioso entre los desigualdad y desigualdad en el acceso al derecho”.

enfaticando que “la gran privatización de la investigación científica sin ninguna otra consideración puede a veces tener efectos negativos en el disfrute del derecho, por ejemplo, sesgando las prioridades de investigación hacia aquellas que son más rentables. También considera el valor instrumental del REBSPA como una “herramienta esencial para la realización de otros DESC, en particular para el derecho a la alimentación y el derecho a la salud”. Y reflexiona sobre los riesgos y las promesas de las tecnologías nuevas y emergentes, señalando que, si bien la inteligencia artificial puede generar enormes ganancias productivas, también podría “intensificar las desigualdades sociales al aumentar el desempleo y la segregación en el mercado laboral”. Finalmente, el Comité recomienda: a) regulaciones globales para gestionar eficazmente las nuevas tecnologías; b) que las decisiones relativas al desarrollo y uso de estas tecnologías se adopten en un marco de derechos humanos; c) establecer un marco legal que imponga a los actores no estatales un deber de debida diligencia en derechos humanos; y d) regular, de acuerdo con los principios de derechos humanos, la propiedad y el control de los datos<sup>125</sup>.

### 3. La protección contra inversiones extranjeras

32. En el siglo I a.C., comenzó a extenderse una red de vías comerciales desde la ciudad china de Chang'an (actualmente Xi'an) pasando, entre otras, por Karakórum (Mongolia), el Paso de Khunjerab (China/Pakistán), Susa (Persia), el Valle de Fergana (Tayikistán), Samarkanda (Uzbekistán), Taxila (Pakistán), Antioquía (Turquía), Alejandría (Egipto), Kazán (Rusia) y Constantinopla (actualmente Estambul, Turquía) llegando a las puertas de Europa (en el siglo XV, hasta los reinos hispánicos) así como a Somalia y Etiopía, en el África oriental. Tomó su nombre de la mercancía más celebre, producida entonces exclusivamente en China, aunque lo cierto es que monopolizó los principales intercambios comerciales entre Oriente y Occidente durante siglos. Era la “Ruta de la Seda”<sup>126</sup>, que se mantuvo activa durante toda la Edad Media, entrando en declive en el siglo XV debido a la política de bloqueo comercial que practicaba el Imperio otomano (en el extremo occidental de la ruta). La nostalgia por su relevancia histórica ha llevado a muchos países asiáticos a retomar iniciativas de este tipo<sup>127</sup>, aunque la única de estas con una visión y objetivos claros, proyectos de inversión estructurados y planes de implantación es la propuesta oficialmente anunciada (aunque en un primer momento lo fuese con un carácter genérico y más bien de futuro) por el presidente Xi Jinping en el año 2013, durante una visita oficial a Kazajistán. El presidente todavía llevaba solamente un año en el cargo, pero el anuncio supondría el gran proyecto de país durante su mandato, al nivel de la industrialización de Mao y de la apertura comercial de Xiao-

<sup>125</sup> La Sección VI de la CG25 destaca la importancia del deber de cooperar internacionalmente para el cumplimiento de todos los DESC, que se refuerza con una referencia específica a la cooperación internacional dentro del artículo 15.4. Este deber es esencial debido a las desigualdades entre los estados y al hecho de que las amenazas globales como el cambio climático “no se pueden abordar adecuadamente sin una sólida cooperación internacional”. También es particularmente relevante para las pandemias, ya que “los virus y otros patógenos no respetan fronteras”. En tales contextos, el papel de la OMS se considera que es “fundamental y debe ser apoyado”, con el intercambio de los mejores conocimientos científicos “crucial para mitigar el impacto de la enfermedad y acelerar el descubrimiento de tratamientos y vacunas eficaces”. Los Estados también tienen obligaciones extraterritoriales, que incluyen “regular y monitorear la conducta de las empresas multinacionales sobre las cuales pueden ejercer control a fin de que estas empresas ejerzan la debida diligencia para respetar la RPEBSPA”.

<sup>126</sup> En un primer momento, la ruta se estructura en torno al intercambio de seda entre romanos y chinos, pero las vías comerciales abiertas pronto comienzan a ser aprovechadas para el intercambio de metales preciosos, lana, lino y especias, en cuanto a comercio hacia occidente; mientras que los asiáticos adquirían caballos, plata y distintas manufacturas (C.D. WAUGH, “Richtofen’s “Silk Roads”: Toward the Archaeology of a Concept”, *The Silk Road. The Bridge Between Eastern and Western Cultures*, vol. 5, 2007, pp. 1-10). El intercambio de mercancías, que alcanza su apogeo en el siglo VIII, durante el gobierno de la dinastía Tang, es tan activo que la inestabilidad en uno de los dos extremos de la ruta podía perjudicar gravemente a los territorios involucrados (D. LUCAS HERRAIZ, “La Ruta de la Seda. Un proyecto de la República Popular China. TFM en Estudios Internacionales: organizaciones internacionales y cooperación”, *Colección Memorias MEI*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2017).

<sup>127</sup> Empezando por Japón que, en 1997, renombró su política diplomática económica como “Diplomacia de la Ruta de la Seda”; y siguiendo por Corea del Sur, que estructuró sus relaciones con los países de Asia Central siguiendo precisamente este eje. Asimismo, Moscú puso en marcha en 2015 un proyecto de mercado común entre Rusia, Bielorrusia, Kazajistán, Armenia y Kirguistán (Comisión Económica Euroasiática, 2018).

ping. Ya en este primer periodo comienza a dotarse a la iniciativa de fuentes de financiación pública específicas (Fondo de la Ruta de la Seda y el Nuevo Banco de Desarrollo) y se crea una comisión específica encargada de su puesta en marcha, liderada por el viceprimer ministro Zhang Gaoli. La Nueva Ruta no supone tanto la creación de una institución multilateral mediante unas normas que unifiquen a todos los países dentro de ella, sino que pretende basarse en acuerdos bilaterales entre los socios. En esta misma línea, el propio gobierno de Pekín insiste en la ausencia de propósitos ideológicos o geopolíticos de la iniciativa. Pero, dejando al margen estos componentes<sup>128</sup>, lo cierto es que la crisis económica de la pasada década demostró la dependencia china de las exportaciones, de modo que, en cuanto la demanda de los países occidentales comenzó a resentirse, el crecimiento del PIB chino también lo hizo. Parece entonces obvio que China necesita dinamizarse para entrar de lleno en las economías de alto desarrollo, si no quiere encontrarse en la situación de algunos países latinoamericanos, por lo que la Nueva Ruta permitiría solucionar una serie de problemas asociados a su estructura económica actual<sup>129</sup>.

**33.** Asistimos en la actualidad a un cambio de orientación en las inversiones extranjeras, con la irrupción en el escenario global de nuevos actores que han provocado el desplazamiento de inversores tradicionales en la UE. Esto no implica que EE.UU o Japón vayan a desaparecer como inversores, pero el futuro parece tener una mayor presencia naciones emergentes como China, Brasil, Rusia o la India. La UE, como economía moderna y desarrollada, se especializa en sectores y servicios innovadores; y la inversión extranjera suele dirigirse hacia territorios donde se genera mayor valor agregado con menos costes, por lo que los fondos se orientarán a los sectores objeto de mayor especialización en cada país. Por tanto, la UE debe mantener un difícil equilibrio entre la independencia de los sectores clave para su economía y el (importante) flujo de dinero procedente de terceros Estados. Además, cabe recordar que las empresas con mayor necesidad de expansión tienden a crear sucursales, como forma importante de inversión extranjera, pero también como inicio de su penetración en los mercados, que suelen culminar adquiriendo compañías locales, por lo que se corre el riesgo de que las empresas más influyentes de un Estado acaben en manos extranjeras. Cuando esos inversores foráneos son, además, entes públicos (total o parcialmente), existe el peligro añadido de que gobiernos extranjeros invadan políticas de los países receptores, como sucede precisamente con China. De ahí que, a la vista del proyecto chino de expansión económica descrito en el epígrafe anterior, que incluye la posibilidad llevar a cabo fuertes inversiones en diversos países europeos, las alarmas ya han saltado en Bruselas (es decir, en Berlín), dando lugar a la aprobación del Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, en vigor desde el 10 de abril de tal año, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión<sup>130</sup>. Cerrando el círculo del presente paradójico hipermoderno en que vivimos, coexisten ahora así protección *de* y *contra* inversiones extranjeras<sup>131</sup>. Ciertamente, la decisión final en cuanto a la aproba-

<sup>128</sup> Un análisis de la óptica iusinternacionalista de sus conexiones se recoge en el interesante estudio de C. ESPLUGUES MOTA, “La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempo de cambios tecnológicos y competencia geopolítica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, nº 1, pp. 170-202 (disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5184170>).

<sup>129</sup> D. BLASINGAME, *The Middle-Income Trap: Is the One Belt, One Road Initiative Key to China's Ascension to a High-Income Economy?*, mayo 2018, disponible en el vínculo siguiente: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3176047](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3176047).

<sup>130</sup> Sobre este asunto, *vid.*, por todos, en España, C. ESPLUGUES MOTA, *El Control de las Inversiones Extranjeras Directas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; *id.*, “La propuesta de Reglamento estableciendo un marco para la evaluación de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea de septiembre de 2017”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2018, vol. 10, nº 1, pp. 164-195 (<https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4120>); *id.*, “Securitización e inversiones extranjeras: control del riesgo de ciertas inversiones para la seguridad nacional del Estado”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, nº 12, 2019, pp. 121-156.

<sup>131</sup> En las “Orientaciones dirigidas a los Estados Miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas)” publicadas como Comunicación de la Comisión el 26 de marzo de 2020 (las “Orientaciones sobre IED de 26/03/2020”), se llama a los EE. MM. a: 1) “utilizar plenamente desde ahora sus mecanismos de control de las IED [(actualmente en 14 países)] con el fin de tener plenamente en cuenta los riesgos para las infraestructuras sanitarias esenciales, el suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos, como se prevé en el marco jurídico de la UE”; y 2) “en el caso de aquellos Estados miembros que actualmente no disponen de un mecanismo de control, o cuyos mecanismos de control no cubren todas las operaciones pertinentes,

ción, restricción o prohibición de las mismas se mantiene como competencia de los EE. MM., según la legislación de cada uno. Ahora bien, el Reglamento dispone los requisitos mínimos que se deben cumplir para adoptar un mecanismo de control de inversiones extranjeras<sup>132</sup> y enumera una lista de factores que pueden considerarse para determinar si una medida puede afectar al orden o a la seguridad pública y justificar, por tanto, el recurso a esta técnica<sup>133</sup>. Se establece asimismo la obligación para el E. M. que reciba la inversión de poner a disposición de la Comisión Europea o de otros E.M. información concreta sobre el inversor y su proyecto, así como una serie de mecanismos de cooperación: a) en relación con inversiones extranjeras que estén siendo objeto de control; b) en relación con inversiones extranjeras que no estén siendo objeto de control; y c) en caso de inversiones extranjeras que puedan afectar a proyectos o programas de interés para la Unión.

**34.** No cabe cerrar este trabajo sin volver de nuevo sobre el fenómeno estrella del año 2020, primera página diaria desde hace meses en todos los medios de comunicación nacionales e internacionales y que sin duda pasará a los anales de la Historia contemporánea como una pesadilla distópica colectiva. Consecuencia o no de la hipermodernidad, el impacto de una pandemia mundial como la vivida, incluyendo un confinamiento forzoso de la población durante varias semanas en numerosos países del mundo y en prácticamente toda la UE (con la sola excepción inicial de Suecia y poco más), impregna todos los sectores y ámbitos de la sociedad, también el jurídico y, por extensión, al Derecho internacional privado<sup>134</sup>. Una muestra se percibe, precisamente, en la regulación española frente a las inversiones extranjeras. El Real Decreto-Ley 8/2020, del 17 de marzo<sup>135</sup>, adopta medidas urgentes y extraordinarias para mitigar el impacto socio-económico del brote pandémico de la COVID-19 en España<sup>136</sup>. Ante tal contexto, y para responder a la actual situación, se han tomado medidas adicionales respecto de determinadas inversiones extranjeras directas en España. Más concretamente, se establece la suspensión del régimen de liberalización para ciertas inversiones extranjeras directas en determinados sectores estratégicos de la economía española y que afectan a la seguridad nacional, al orden público y a la salud pública. Así, tomando como modelo el Reglamento (UE) 2019/452, tras definir lo que se entiende por tales sectores estratégicos y las condiciones subjetivas del inversor, se establece como condición previa que las inversiones concernidas estarán sujetas a autorización administrativa previa otorgada por el Gobierno de España (Consejo de Ministros) de acuerdo con las condiciones establecidas por la autoridad

---

que establezcan un mecanismo de control completo y, mientras tanto, que utilicen todas las demás opciones disponibles para abordar los casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pueda suponer un riesgo para la seguridad o el orden público en la UE, incluido un riesgo para las infraestructuras sanitarias esenciales y el suministro de insumos críticos”.

<sup>132</sup> a) Las normas y procedimientos relacionados con los mecanismos de control así como los plazos aplicables serán transparentes y no discriminarán entre terceros países. b) Los EE.MM. aplicarán plazos en el marco de sus mecanismos de control, a cuyo término se dictará resolución expresa. c) Se protegerá la información confidencial facilitada al E.M. que esté efectuando el control. d) Se deberá establecer un sistema de recursos contra las decisiones adoptadas bajo esta normativa.

<sup>133</sup> El Reglamento distingue entre los factores a considerar por razón del sector afectado por la inversión (I) y los atribuibles al inversor extranjero (II). En (I) destacan: a) Las infraestructuras críticas, tanto físicas como virtuales, incluyendo las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera y las instalaciones sensibles; b) Tecnologías críticas y productos de doble uso, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías; c) El suministro de insumos fundamentales, en particular energía o materias primas, así como la seguridad alimentaria; d) El acceso a información sensible, en particular, datos personales, o la capacidad de control de dicha información; e) Pluralismo y libertad de los medios de comunicación. Por su parte, en (II) se encuentran: a) Si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el Gobierno de un tercer país, mediante la estructura de propiedad o una financiación significativa; b) Si el inversor extranjero ha participado en actividades que puedan afectar a la seguridad o el orden público de un E.M.; c) Si existe un riesgo grave de que el inversor realice actividades delictivas o ilegales.

<sup>134</sup> Véase un claro ejemplo en el trabajo de G. PALAO MORENO, “Protección del consumidor internacional en tiempos de COVID-19”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020, pp. 624-633 ([http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/58\\_Guillermo\\_Palao\\_pp\\_624-633.pdf](http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/58_Guillermo_Palao_pp_624-633.pdf)).

<sup>135</sup> BOE de 18 de marzo, modificado y complementado por el Real-Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (BOE de 1 de abril).

<sup>136</sup> Sobre este asunto ha reflexionado recientemente C.A. ESPLUGUES MOTA, en “Adiós a la libre circulación de inversiones ¿sólo en tiempos de coronavirus?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020, pp. 614-623.

administrativa competente (es decir, el regulador del sector estratégico afectado). Una vez la solicitud de autorización se ha presentado, el Consejo de Ministros será el único órgano competente para conceder o denegar la autorización. La ausencia de resolución favorable a la autorización en el plazo de seis meses se entenderá como una denegación de la misma (por silencio administrativo negativo, según el artículo 6 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, en conexión con el 24.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). No obstante, la DT 2ª del R.D.-Ley 11/2020 establece transitoriamente un procedimiento simplificado (con un plazo de 30 días para otorgar o denegar la autorización) para autorizaciones de concretas inversiones, quedando además en todo caso exentas de autorización las que tengan un valor inferior a un millón de euros. Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la citada Ley 19/2003.

## VI. Conclusiones

**35.** La nueva década se abre en una compleja coyuntura a nivel económico y social, también en el entorno transfronterizo, planteando novedosos retos para el Derecho internacional privado, particularmente en el ámbito comercial, pero no únicamente. Así, en el sector del Derecho de la persona y de la familia, nos encontramos ante el nacimiento de un *tertium genus*, la “personalidad electrónica”, a partir de los avances de la inteligencia artificial, donde la sujeción al país de origen, a modo de un estatuto personal, puede erigirse como solución en el marco del mercado interno europeo. En materia de personas jurídicas, la apuesta por las herramientas digitales para agilizar su actividad económica en operaciones transfronterizas, así como facilitar la obtención y circulación de información relevante, contribuye a fortalecer la libertad de establecimiento; todo ello conduce a la necesidad de examinar un amplio conjunto de cuestiones relativas a la conjugación de los procesos de digitalización con las normas de transparencia en el ámbito societario, como son, por ejemplo, la interconexión de los registros, en las sociedades cerradas, o el voto robotizado, en las cotizadas. Por otra parte, en el campo del Derecho de familia, las nuevas y variadas posibilidades de unión han desembocado también, junto con los adelantos médicos, en una diferente concepción de la filiación, mediante la figura de la gestación subrogada, con importantes derivaciones en el plano transfronterizo, destacando aquí la labor de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado y, como problema, la cuestión relativa al reconocimiento de menores nacidos en el extranjero mediante dicha técnica, lo que dependerá de presencia o no de una resolución judicial en origen sobre la filiación.

**36.** En el marco de la sociedad de la (hiper)información asistimos a un incremento exponencial de la transmisión de datos personales, conducente a la necesidad de articular unas vías de protección adecuadas en el ámbito transfronterizo; algo que, al menos en el contexto de las relaciones UE-EE.UU., se ha revelado como un asunto altamente espinoso, tras el reciente pronunciamiento al respecto del TJUE que ha dado al traste con el acuerdo bilateral conocido como *Privacy-Shield*, cuyas consecuencias están todavía por ver, pero que, por el momento, supone la ilegalidad de las transmisiones de datos entre empresas de ambos territorios. En el sector del consumo, la posibilidad de bloquear el acceso a determinados productos o servicios ofrecidos en línea dependiendo del origen geográfico del consumidor, considerado como práctica contraria al pleno potencial del mercado interior, ha sido limitada a través de una normativa específica, con consecuencias directas sobre la interpretación de normas clásicas del Derecho internacional privado de la UE, como el Reglamento Bruselas I bis o el Roma I. Finalmente, el siglo XXI ha alumbrado también un nuevo modelo de negocio, conocido con carácter general como “economía de plataforma”, que permite llevar a cabo transacciones de la más diversa índole en materia de bienes y servicios poniendo en contacto a dos partes contractuales que pueden hallarse en Estados diferentes. En dicho entorno, cobran especial relevancia actualmente los mecanismos reputacionales como guía para la autorregulación de tales plataformas, dando lugar a un nuevo modelo normativo que puede considerarse incluso un cambio de paradigma, a través de la generación de nuevas reglas que,

desde el punto de vista más audaz, permitiría una autorregulación espontánea de abajo arriba, partiendo de las calificaciones de los usuarios de dichas plataformas.

**37.** El tercero de los sectores explorados se acerca, desde una perspectiva más procesal, al terreno de la justicia civil transfronteriza, abordando así, en primer lugar, la situación de los medios alternativos de resolución de conflictos, en general, y centrándose en las disputas de consumo, en particular; entorno en el que existe una plataforma de la UE a tal fin, para facilitar la resolución extrajudicial de este tipo de conflictos de forma transparente, eficaz, independiente, imparcial y equitativa. A continuación, se trata la situación de las acciones colectivas dentro del Derecho procesal civil internacional de la UE, donde existe actualmente la reciente Directiva (UE) 202/1828, con la pretensión de que puedan abarcar un núcleo de supuestos mayores, así como para favorecer los acuerdos colectivos extrajudiciales. En último lugar, se expone la situación en la que se hayan los trabajos de la UE relativos a la reforma del Reglamento 1393/2007, sobre notificación y traslado de documentos, que se está adecuando a los últimos avances en materia de administración electrónica, confiando en poder agilizar y simplificar los procesos judiciales transfronterizos, así como aumentar la previsibilidad del procedimiento, incrementando con todo ello la seguridad jurídica.

**38.** El último bloque de problemas analizado se refiere a un conjunto de situaciones a caballo entre el Derecho público y el privado, que dan lugar, en el ámbito internacional, a un híbrido normativo de técnicas que presentan como objetivo común la protección de una serie de intereses colectivos con un fuerte componente estatal. El primero de los sectores trata sobre los bienes culturales, donde el último paso se ha dado mediante el Reglamento 2019/880, que establece un sistema de licencias de importación o de declaración del importador, dependiendo del tipo de bien, con el fin de garantizar controles uniformes en la Unión para la importación de bienes culturales. En segundo lugar, se aborda la protección internacional de los recursos genéticos, donde el problema fundamental consiste en conjugar adecuadamente los intereses contrapuestos en relación con el derecho de acceso al recurso y el reparto de beneficios, centrándose los problemas de Derecho internacional privado sobre todos en los necesarios acuerdos entre las partes interesadas, dependiendo del modelo legal o puramente contractual que se siga en cada Estado. Finalmente, por lo que respecta al tercer caso expuesto -las inversiones extranjeras- desde la tradicional protección del inversor nacional en el extranjero, como consecuencia de los cambios señalados al principio de este trabajo, asistimos a un cambio hacia la protección contra concretos inversores extranjeros; lo que ha cristalizado en una normativa específica en el marco de la UE, ya incorporada al ordenamiento español, destinada a suspender el régimen de liberalización de determinadas inversiones en sectores estratégicos.

**39.** Como conclusión global, derivada del conjunto de fenómenos expuesto, cabe señalar que el espectro de las relaciones jurídico-privadas transfronterizas se ha ido transformando a lo largo del siglo XXI, abriéndose hacia un abanico de supuestos donde se aprecian novedades no solo por razón de su objeto, como puede ser más habitual, sino incluso en relación con la propia naturaleza de los sujetos intervinientes o el entorno donde las mismas se desenvuelven, como resultado de los exponenciales avances acaecidos en materia de tecnología. Asimismo, las sucesivas crisis económicas vividas a lo largo de las últimas dos décadas, culminadas con la actual pandemia de la COVID-19, han conducido a un escenario de desglobalización, que viene acompañada de una recuperación de la intervención del Estado en las relaciones privadas, todo ello en el marco de una ética colectiva gobernada por los postulados del desarrollo sostenible. Como consecuencia del panorama descrito nos hallamos ante un Derecho internacional privado hiperespecializado, mutante, más fluido o, -en el calificativo acuñado por ZYGMUT BAUMAN para referirse a la nueva modernidad- “líquido”, en la evolución que se aprecia desde el precedente, más “sólido” -entendido como estable o repetitivo-, hacia un sistema más flexible o voluble, asociado a la desaparición de los referentes. En suma, un Derecho internacional privado propio de los tiempos hipermodernos, según la expresión propuesta en su día por GILLES LIPOVETSKY, en que nos toca vivir.

# LA ELECCIÓN IMPLÍCITA DE LA LEY APLICABLE A LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE EN EL *COMMON LAW*\*

## THE IMPLIED CHOICE OF THE PROPER LAW OF THE ARBITRATION AGREEMENT UNDER THE *COMMON LAW*

JAVIER PÉREZ FONT

*Abogado*

*LLM (Distinction) in International Commercial and Maritime Law (Swansea University).*

*Doctorando en Derecho Internacional Privado en la Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-1554-5420

Recibido: 07.10.2020 / Aceptado: 03.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5969>

**Resumen:** A la hora de determinar la ley aplicable al convenio de arbitraje, el *common law* prevé que, a falta de elección expresa, se aplicará la ley implícitamente elegida. Con relación a las cláusulas de arbitraje, en el caso *Sul América* la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales estableció la presunción de que la ley expresamente elegida como ley aplicable al contrato se entendería implícitamente elegida como ley aplicable a la cláusula de arbitraje. Recientemente, en el caso *Enka* la misma Corte de Apelación ha enmendado esta presunción, disponiendo que independientemente de la ley elegida para el contrato, la elección expresa de sede implicará la elección implícita de su ley como ley aplicable a la cláusula de arbitraje.

**Palabras clave:** *common law*, elección implícita, ley aplicable al convenio de arbitraje, ley de la sede, ley aplicable al contrato

**Abstract:** In order to identify the proper law of the arbitration agreement, *common law* provides that, in the absence of an express choice, it must be applied the law impliedly chosen by the parties. In relation to arbitration clauses contained in contracts, the Court of Appeal established in the *Sul América* case the presumption that the law expressly chosen to govern the contract is *prima facie* considered the impliedly chosen to govern the arbitration clause. Recently, amending this doctrine, in the *Enka* case the same Court of Appeal has estimated that the express designation of a seat *prima facie* amounts to the implied choice of its law as the proper law of the arbitration clause.

**Keywords:** common law, implied choice, proper law of the arbitration agreement, law of the seat, law governing the contract.

**Sumario:** I. Introducción. II. La ley de la sede como ley con la conexión más estrecha y real: *C v D* [2007] EWCA Civ 1282. III. La elección expresa de ley aplicable al contrato como elección implícita de ley aplicable a la cláusula de arbitraje: 1. *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd's Rep 671: A) Hechos y fallo en primera instancia; B) El fallo de la Corte de Apelación; C) Consecuencias del fallo en la determinación de la ley aplicable al convenio de arbitraje; D) Análisis crítico; 2. *Arsanovia Ltd & Others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd's Rep 235; 3. *BNA v BNB & BNC* [2019] SGCA 84. IV. La elección de la sede como elección implícita de ley aplicable a la cláusula de arbitraje: *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] EWCA Civ 574: 1. Hechos; 2. Fallo de la Corte de Apelación; 3. Fallo del Tribunal Supremo del Reino Unido; 4. Análisis crítico. V. Conclusiones.

---

\*"The project leading to these results has received funding from UNED Pamplona, Caja Navarra Foundation and "la Caixa" Foundation, under agreement LCF/PR/PR15/51100007".

## I. Introducción

1. De la panoplia de leyes que pueden entrar en juego en un arbitraje internacional<sup>1</sup>, la ley aplicable al convenio de arbitraje –a la que denominaremos *lex arbitri*, aunque en ocasiones esta denominación se utiliza también para referirse a la ley aplicable al procedimiento— es una de las más relevantes al encargarse de regular aspectos tan trascendentales como la validez del convenio<sup>2</sup> o su alcance personal y material<sup>3</sup>.

2. Siendo incuestionable que una de las proyecciones del principio de autonomía de la voluntad en relación al convenio de arbitraje es la facultad de las partes de elegir qué ley debe operar como *lex arbitri*, esta elección sería conveniente que se realizará de manera expresa en el propio convenio; sin embargo, resulta habitual que las partes se limiten a configurar aspectos básicos como la sede o el tipo de arbitraje, pero no concreten qué ley resulta aplicable al convenio<sup>4</sup>, debiéndose ésta identificar en fase arbitral o judicial.

3. No resultando aplicable a la cuestión el Reglamento Roma I<sup>5</sup>, haciendo uso de la norma de conflicto aplicable para la determinación de la ley aplicable a los contratos<sup>6</sup>, en las jurisdicciones *com-*

---

<sup>1</sup> Como es bien sabido, una de las principales características del arbitraje internacional es la potencial presencia de múltiples ordenamientos jurídicos. Junto a la ley aplicable al convenio de arbitraje, generalmente encontraremos otras dos normas que serán fundamentales: (a) la ley aplicable al procedimiento, que generalmente será la ley del lugar de la sede del arbitraje; (b) la ley aplicable al fondo del asunto o *lex causae*, que en el caso de disputas contractuales coincidirá con la *lex contractus*. Junto a estos sistemas normativos, entre otros, también podría adquirir relevancia la ley personal de las partes – por ejemplo, el artículo V(1)(a) del Convenio de Nueva York de 1958 estipula la falta de capacidad de las partes conforme a su ley personal como motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo por no ser válido el convenio de arbitraje - o la ley del lugar dónde se busque el reconocimiento y ejecución del laudo – por ejemplo, el artículo V(2)(a) contempla la posibilidad de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo por tratar sobre materias no arbitrales conforme a la ley del Estado en que se busque el reconocimiento y ejecución -. Ver: D. SUTTON, J. GILL & M. GEARING, *Russell on Arbitration* (24th edn, Sweet & Maxwell 2015) paras 2–113; A. REDFERN, *Redfern & Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration* (6th edn, Sweet & Maxwell 2015) párrafo 3.07.

<sup>2</sup> Con relación a la validez existen dos posiciones doctrinales diferenciadas. Mientras una corriente sostiene que será la ley aplicable al convenio la que regule tanto la validez formal como material del convenio – ver: J. HILL & A. CHONG, *International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts* (4th edn, Hart Publishing 2010) párrafo 21.1.5; R.M. MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996* (4th edn, Informa Law 2008) p. 207–208-, otra considera que es necesario distinguir entre la validez material y la formal, estando la primera regulada por la *lex arbitri* y la segunda por la ley aplicable al arbitraje que será generalmente la *lex locus arbitri* – “Among the questions dealt with by mandatory provisions of the [law applicable to the arbitration] we would mention foremost the form of the arbitration agreement (...) [this law does] not generally deal with the following questions, which therefore fall under the law applicable to the arbitration agreement: the material validity of the agreement, notably the prerequisites of its conclusion, defects in contract formation, and grounds for termination, interpretation (...)” [J.F. POUURET & S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration* (2nd edn, Sweet & Maxwell 2007) p. 294–295] -. En mi opinión es preferible la primera opción por dos motivos intrínsecamente relacionados: en primer lugar, el sometimiento de ambas vertientes de la validez a un único cuerpo legislativo simplifica la supervisión de la validez del acuerdo de arbitraje; y, en segundo lugar, no siempre es nítida la distinción entre cuestiones formales y materiales, por lo que el sometimiento a un único ordenamiento legislativo reduce el riesgo de ineficacia del convenio que pudiera derivarse de que una cuestión fuera considerada formal y válida para un ordenamiento jurídico y, en cambio, para otro fuera material e inválida. No obstante, en la mayoría de los casos no tendrá especial relevancia ya que, como veremos, la ley aplicable al convenio de arbitraje generalmente será la ley del lugar de la sede que, a su vez, habitualmente será también la ley aplicable al arbitraje. Además, tanto la popularidad de la Ley Modelo, como el hecho de que la validez formal se aborde específicamente por los artículos II(1) y (2) de la Convención de Nueva York de 1958, han venido a diluir significativamente la relevancia de la validez formal del convenio. Ver: CGJ MORSE, D. MCCLEAN & L.A. COLLINS, *Dicey, Morris & Collins on Conflict of Laws* (15th edn, Sweet & Maxwell 2018) párrafo 16–023.

<sup>3</sup> J.F. POUURET & S. BESSON, *Comparative Law of...* op. cit. p. 295; CGJ MORSE, D. MCCLEAN & L.A. COLLINS, *Dicey, Morris & Collins...* op. cit. párrafo 16–022.

<sup>4</sup> Como comentaba el *High Court* de Singapur en el primer párrafo de su sentencia en el caso *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd & Others* [2014] SGHCR 12: “It is not uncommon that commercial parties omit to include in their contracts an express choice of law governing their international arbitration agreements”. En similar sentido, ver: R. NAZZINI, *The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles* (2016) 65 *International & Comparative Law Quarterly* 681, p. 681–682.

<sup>5</sup> El artículo 1(2)(e) del 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).

<sup>6</sup> R. NAZZINI, *The law applicable...* op. cit. p. 687.

*mon law* los operadores aplicarán al convenio de arbitraje la ley expresa o implícitamente elegida por las partes y, faltando esta elección, la ley que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje, siendo generalmente ésta la ley del lugar de la sede – la que denominaremos *lex locus arbitri* -<sup>7</sup>.

4. Siendo la identificación de la elección implícita la más problemática, los tribunales han establecido una serie de presunciones que, dependiendo en gran medida de la forma que revista el convenio de arbitraje, sirven de guía para identificar *prima facie* qué ley deberá entenderse implícitamente elegida como *lex arbitri* por las partes de un convenio de arbitraje que carece de elección expresa.

5. Como si se tratara de un asunto circular que cada década hubiera de modificarse para volver a lo inmediatamente anterior, el pasado 20 de Abril la Corte de Apelación de Inglaterra y Galés en el caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others*<sup>8</sup> vino a modificar la doctrina previamente fijada por la misma Corte en el famoso caso *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others*<sup>9</sup>. A diferencia de lo ocurrido en las ocasiones anteriores, no ha habido que esperar una década para ver otro cambio, sino tan sólo 6 meses. En una votación muy ajustada, siguiendo en gran medida el razonamiento adoptado por la Corte de Apelación en el caso *Sul América*, el 9 de Octubre el Tribunal Supremo del Reino Unido ha enmendado la decisión del 20 de Abril de la Corte de Apelación fijando de una vez por todas el método a seguir para determinar la ley aplicable a una cláusula de arbitraje<sup>10</sup>.

6. Teniendo en cuenta la posición predominante de Londres como sede para el arbitraje de disputas comerciales internacionales<sup>11</sup> y de la influencia de su jurisprudencia en materia arbitral y muy especialmente en el resto de las jurisdicciones *common law*, el objetivo del presente artículo es analizar la evolución en la aplicación de la norma de conflicto en lo relativo a la identificación de la *lex arbitri* implícitamente elegida por las partes. Para ello, en base al examen de varios *leading cases*, el análisis se estructurará en cuatro partes: en primer lugar, se analizará los antecedentes del caso *Sul América*; después analizaremos el caso *Sul América* y algunos casos en que se ha aplicado; en tercer lugar, examinaremos el caso *Enka* y finalizaremos extrayendo algunas conclusiones.

## II. La ley de la sede como ley con la conexión más estrecha y real: *C v D* [2007] EWCA Civ 1282

7. D – una empresa aseguradora norteamericana – emitió una póliza a favor de C – otra empresa norteamericana – que tenía por objeto cubrir las posibles responsabilidades civiles en que pudiera incurrir la asegurada y sus más de 303 empresas subsidiarias durante el período comprendido entre el 1 de Noviembre de 1997 y el 1 de Noviembre de 2000. La póliza se celebró en un famoso modelo estandarizado de póliza<sup>12</sup> cuya cláusula (o) contiene una cláusula de arbitraje en Londres conforme al derecho inglés<sup>13</sup>, y la cláusula (q) contiene una elección expresa del derecho de Nueva York como *lex contractus*<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> CGJ MORSE, D. McCLEAN & L.A COLLINS, *Dicey, Morris & Collins...* op. cit. párrafo 16R-001; D. SUTTON, J. GILL & M. GEARING, *Russell on Arbitration...* op. cit. párrafo 2-119.

<sup>8</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] EWCA Civ 574.

<sup>9</sup> *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd's Rep 671.

<sup>10</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38.

<sup>11</sup> En un estudio realizado por la Universidad de Londres en el año 2018, los cinco principales foros del arbitraje comercial internacional son: Londres, París, Singapur, Hong Kong y Ginebra. De estos, Londres era la opción preferente, siendo marcado por el 68% de los encuestados como uno de los foros habitualmente utilizados por sus empresas, aventajando en más de 10 puntos al segundo, París. Ver: '2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration' Queen Mary University of London disponible en <https://tinyurl.com/y3nyf4q8>

<sup>12</sup> El famoso *Bermuda Form*.

<sup>13</sup> La cláusula (o) reza así: "Any dispute arising under this Policy shall be finally and fully determined in London, England under the provisions of the English Arbitration Act of 1950 as amended (...)"

<sup>14</sup> La cláusula (q) dice así: "This policy shall be governed by and construed in accordance with the internal laws of the State of New York (...)"

8. Durante el período de vigencia de la póliza, especialmente como consecuencia de actuaciones de una subsidiaria, C tuvo que hacer frente a varias reclamaciones que desembocaron en una subsiguiente repetición de conformidad con la póliza contra D por los importes abonados. Ésta se negó a responder de dichas cantidades lo que llevo a C a reclamarlas en sede arbitral.

D respondió a la demanda de C planteando frente al órgano arbitral cuatro defensas. A la vista de ellas, los árbitros notificaron el 20 de Febrero del 2007 que resolverían en primer término las 3 primeras y, únicamente si éstas eran desestimadas, analizarían la cuarta. El 13 de marzo del 2007, el tribunal adoptó un laudo parcial en que desestimaba íntegramente las 3 defensas planteadas por D y estimaba íntegramente las peticiones de C. Asimismo, el laudo establecía que únicamente consideraría la cuarta defensa si concurrían unas circunstancias determinadas.

Considerando que los árbitros habían conculcado manifiestamente el derecho de Nueva York, la aseguradora solicitó a los árbitros que enmendara el laudo parcial. Los árbitros le contestaron que, siendo una decisión firme, carecían de jurisdicción para llevar a cabo tal cosa y simplemente se limitaron a corregir algunos errores formales de menor importancia.

A la vista de su fracaso en vía arbitral, D decidió impugnar el laudo ante los tribunales de Nueva York. Considerando que esto suponía un incumplimiento manifiesto del acuerdo de arbitraje, C solicitó entonces a las autoridades judiciales inglesas la adopción de unas *anti-suit injunctions*<sup>15</sup> que instaran a la aseguradora a renunciar al procedimiento judicial iniciado en Norteamérica. C argumentaba que, tratándose de un arbitraje en Londres conforme a la Ley Inglesa de Arbitraje, el único foro competente para conocer de la impugnación del laudo era Inglaterra. Por su parte, D argumentaba que existía una elección expresa de Nueva York como *lex contractus* y que en dicha ley existe un derecho indisponible de las partes de un acuerdo de arbitraje a someter a la revisión de sus tribunales aquellos laudos adoptados en el extranjero en relación con disputas entre empresas norteamericanas. La aseguradora argumentaba que la elección del derecho inglés como derecho aplicable al procedimiento no podía privarle de un derecho reconocido en un ordenamiento jurídico expresamente elegido por las partes para regir la integridad del contrato, incluida la cláusula de arbitraje.

9. En primera instancia<sup>16</sup>, Cooke J consideró que, siendo cierto que la aseguradora pudiera tener razón en lo referente a la inobservancia del derecho de Nueva York, no lo tenía en lo referente a la influencia que su elección pudiera tener en el arbitraje. Su Señoría argumentó que la elección de Londres como sede y el reconocimiento expreso en la póliza de que las decisiones arbitrales únicamente podrían ser impugnadas de conformidad con lo previsto en la Ley Inglesa de Arbitraje conllevaban que, independientemente de lo que pudiera prever el derecho de Nueva York, el planteamiento de una impugnación del laudo ante unos tribunales que no fueran los ingleses conllevaba un incumplimiento del acuerdo de arbitraje. Asimismo, negó que la elección expresa del derecho de Nueva York como *lex contractus* conllevara que fuera también la normativa que debiera operar como *lex arbitri*. En su opinión, la elección de la sede

<sup>15</sup> Las *anti-suit injunctions* son unas órdenes judiciales que, dirigidas contra una persona, tienen por objeto que su renuncia a continuar o a comenzar un procedimiento judicial al que no se tiene derecho ante unos tribunales extranjeros, generalmente por estar incumpliendo un acuerdo de arbitraje o de sumisión – “[Anti-suit injunctions are orders addressed to the person over whom Courts have] jurisdiction from continuing with or commencing proceedings in a foreign court if it is inequitable for such person so to act” [Halsbury’s Laws of England, 524] -. Este tipo de medidas surgieron para solventar los conflictos entre los dos sistemas jurídicos y judiciales paralelos existentes en la Inglaterra del siglo XV: los *Courts of Equity* y los *Courts of Common Law* [A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ & C. CAAMIÑA DOMINGUEZ, *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* (1a edn, Aranzadi 2017) párrafo 144; 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]. En relación a los convenios de arbitraje, su adopción se realizará al amparo de la sección 37 del Senior Courts Act 1981 (*Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35 [48]) y se requerirá para ello el cumplimiento de los siguientes requisitos: (a) El acuerdo de arbitraje habrá de ser válido; (b) La acción planteada ante los tribunales extranjeros debe realizarse por una parte del convenio de arbitraje y en relación a una cuestión que entre dentro del ámbito del convenio; (c) No debe haber transcurrido demasiado tiempo desde que se hubiera planteado la acción ante los tribunales extranjeros; (d) No debe haberse producido la sumisión tácita del solicitante a la jurisdicción de los tribunales extranjeros; y (e) debe entenderse conveniente su adopción por parte del tribunal requerido.

<sup>16</sup> *C v D* [2007] 2 Lloyd’s Rep 367.

en Londres y del derecho inglés como ley aplicable al procedimiento indicaban que la ley aplicable a la cláusula de arbitraje era la inglesa. Por tanto, estimó la petición de adopción de las *anti-suit injunctions*.

10. Frente a esta decisión se planteó entonces recurso ante la Corte de Apelación. La principal alegación del apelante era que Cooke J había errado al determinar que, por el hecho de elegir Londres como sede, era la ley inglesa la que debía aplicarse a la cláusula de arbitraje. La aseguradora argumentaba que, ante el silencio de la cláusula, debía considerarse que la ley expresamente elegida para regir el contrato debía aplicarse a todas las cláusulas del contrato, incluida la cláusula de arbitraje. De estimarse esta alegación, argumentaba que deberían dejarse sin efecto las *anti-suit injunctions* adoptadas porque no se podría impedir ejercitar una acción de impugnación permitida por la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Por su parte, el apelado alegaba que toda la argumentación del apelante era irrelevante porque desde el momento en que se había elegido a Londres como sede y al derecho inglés como ley aplicable al procedimiento, las partes habían admitido que las únicas impugnaciones posibles a las decisiones arbitrales serían las admitidas por el derecho inglés, con independencia de lo que pudieran disponer la *lex contractus* o la *lex arbitri*, si es que ambas no eran la misma.

11. En un fallo al que posteriormente se referirán los *leading cases* que veremos a continuación, la Corte de Apelación rechaza la argumentación del apelante. En primer lugar, Longmore LJ – el ponente con el que estarán de acuerdo sus compañeros – manifiesta que la elección de la sede en Londres y del derecho inglés como ley aplicable al procedimiento significa que las decisiones arbitrales únicamente se podrán someter a los medios de impugnación previstos en el derecho inglés<sup>17</sup>. Además, rechaza que la mera elección del derecho aplicable al contrato pueda suponer la incorporación al arbitraje de un método de impugnación no previsto en el ordenamiento jurídico inglés<sup>18</sup>, ni la exclusión de aquellas disposiciones del derecho inglés que, siendo dispositivas, impedirían a la aseguradora plantear una impugnación del laudo ante los tribunales de Nueva York<sup>19</sup>.

12. En segundo lugar, la Corte de Apelación entra a analizar la cuestión de la identificación de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Como consecuencia de lo decidido en el primer punto la apelación ya debía ser desestimada; sin embargo, Longmore LJ considera que, habiéndose debatido en sala, debía manifestar su opinión al respecto<sup>20</sup>.

Analizando las autoridades existentes en la materia, la Corte de Apelación considera que, a partir del reconocimiento del principio de separabilidad<sup>21</sup>, la cláusula de arbitraje representa funcionalmente un acuerdo independiente del contrato en que se inserta<sup>22</sup>. Esto supone que, de la misma manera

<sup>17</sup> *C v D* [2007] EWCA Civ 1282 [16–17].

<sup>18</sup> *ibidem* [19].

<sup>19</sup> En este punto, siguiendo la opinión de Lord Steyn en *Lesotho Highland Development Authority v Impregilo SpA & Others* [2006] 1 AC 221 [37] y la redacción del artículo 4(5) de la Ley de Arbitraje de 1996 – “The choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter” –, la Corte de Apelación concluye que para que se produzca una exclusión de un precepto dispositivo de la Ley Inglesa de Arbitraje como consecuencia de la elección de una norma jurídica extranjera, no bastará con una elección genérica, sino que será necesario que la elección prevea que disposiciones específicas pretende excluir – “Lord Steyn (...) pointed out (...) that by reason of section 5 of the Act *only an agreement in writing as defined by the 1996 Act could qualify as an “agreement to the contrary” and that a choice of proper law clause was not such an agreement*. That is reinforced by the terms of section 4(5) of the Act which refers not to a choice of law clause generally but to a choice of law as “the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this part” of the Act. *In other words there has to be a choice of law with regard to the specific provision of the Act which the parties agree is not to apply*” (énfasis añadido) (*C v D* [2007] EWCA Civ 1282 [19]) –.

<sup>20</sup> *C v D* [2007] EWCA Civ 1282 [21].

<sup>21</sup> Antes de su positivización en el actual artículo 7 de Ley de Arbitraje de 1996, los tribunales ingleses habían reconocido ya de manera rotunda el principio de separabilidad en el famoso caso *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Insurance Co Ltd* [1993] 1 Lloyd’s Rep 455. El camino hacia el reconocimiento del principio de separabilidad comenzó en 1942 cuando la Cámara de los Lores en el caso *Heyman v Darwins Ltd* [1942] AC 356 rechazó *obiter dictae* que una cláusula de arbitraje tuviera que sufrir los designios del contrato en que se inserta no siendo capaz de sobrevivir independientemente.

<sup>22</sup> *C v D* [2007] EWCA Civ 1282 [22].

que para determinar la *lex contractus* se debe atender a la conexión más estrecha y real del contrato con independencia de lo que pueda prever una cláusula de arbitraje en él inserta<sup>23</sup>, la *lex arbitri* se habrá de determinar atendiendo a la conexión más estrecha y real del convenio de arbitraje con independencia de lo que prevea el contrato en que se inserta<sup>24</sup>.

Partiendo de esa premisa y considerando las opiniones de Lord Mustill en *Black Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*<sup>25</sup> y en *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd*<sup>26</sup>, Longmore LJ estima que, dada su estrecha vinculación, resultaría extraño que las partes optaran por someter el acuerdo de arbitraje a una ley diferente de la del lugar elegido como sede. Por ello, independientemente de que la ley de Nueva York fuese expresamente elegida como *lex contractus*, la Corte de Apelación concluye que la ley aplicable a la cláusula arbitral ha de ser la ley inglesa porque es la ley que presenta una conexión más estrecha y real con el arbitraje<sup>27</sup>.

13. En consecuencia, la Corte de Apelación dispone que, existiendo una elección expresa de *lex contractus* y de sede del arbitraje, la ley aplicable a la cláusula de arbitraje será la *lex locus arbitri*.

### III. La elección expresa de ley aplicable al contrato como elección implícita de ley aplicable a la cláusula de arbitraje

#### 1. Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Engenharia SA & Others [2012] 1 Lloyd's Rep 671

##### A) Hechos y fallo en primera instancia

14. El demandante – una empresa aseguradora – emitió dos pólizas con similar contenido a favor del demandado con el objetivo de cubrir los riesgos que pudieran ocasionarse durante la construcción en Brasil de una de las plantas hidroeléctricas más grandes del mundo. Mientras la cláusula número 7 de las

<sup>23</sup> En *Tzortzis and Skyias v Monark Line A/B* [1968] 1 Lloyd's Rep 30 – un caso concerniente a un contrato de compraventa de un buque de bandera sueca que, conteniendo una cláusula de arbitraje en Londres, no identificaba qué ley le era aplicable – se consideró que, de conformidad con la máxima latina de “*Qui elegit iudicem elegit ius*”, la elección de Londres como sede del arbitraje debía asimismo entenderse como sumisión del contrato al derecho inglés. Esto siempre se había interpretado también a la inversa, es decir, que existiendo una elección expresa de ley aplicable al contrato, esa misma ley resultaría aplicable a la cláusula de arbitraje. Sin embargo, en *Compagnie Tunisienne De Navegation SA v Compagnie D'Armement Maritime SA* [1970] 2 Lloyd's Rep 99 – un caso concerniente a un contrato de fletamento por viaje que cubría un transporte de petróleo desde Túnez a Francia a pagar en Francia y que contenía tanto una cláusula de elección de *lex contractus* de contenido difuso como otra de arbitraje en Londres –, la Cámara de los Lores concluyó que las partes habían elegido expresamente la ley francesa como *lex contractus*, pero que aun no habiendo sido así, la determinación de la ley aplicable al contrato debía hacerse atendiendo a la conexión más estrecha y real, siendo evidente que, a pesar del arbitraje en Londres, la ley francesa presentaba una conexión más estrecha y real con el contrato.

<sup>24</sup> *C v D* [2007] EWCA Civ 1282 [23].

<sup>25</sup> “In the great majority of cases, these three laws will be the same. But this will not always be so. It is by no means uncommon for the proper law of the substantive contract to be different from the [*lex locus arbitri*]; and it does happen, although much more rarely, that the law governing the arbitration agreement is also different from the [*lex locus arbitri*]” (*Black Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1981] 2 Lloyd's Rep 446 453).

<sup>26</sup> “It is by now firmly established that more than one national system of law may bear upon an international arbitration. Thus, there is the proper law which regulates the substantive rights and duties of the parties to the contract from which the dispute has arisen. Exceptionally, this may differ from the national law governing the interpretation of the agreement to submit the dispute to arbitration. Less exceptionally it may also differ from the national law which the parties have expressly or by implication selected to govern the relationship between themselves and the arbitrator in the conduct of the arbitration: the “curial law” of the arbitration, as it is often called. (...). Certainly there may sometimes be an express choice of a curial law which is not the law of the place where the arbitration is to be held: but in the absence of an explicit choice of this kind, or at least some very strong pointer in the agreement to show that such a choice was intended, the inference that the parties when contracting to arbitrate in a particular place consented to having the arbitral process governed by the law of that place is irresistible” (*Channel Tunnel Group Ltd & Others v Balfour Beatty Construction Ltd & Others* [1993] AC 334 357–358).

<sup>27</sup> *C v D* [2007] EWCA Civ 1282 [26].

pólizas disponía que el derecho brasileño regiría el contrato<sup>28</sup>, la cláusula número 12 preveía que, en caso de disputa concernientes a la cuantía a abonar en caso de que sucediera un riesgo, ésta debía ser fijada mediante arbitraje en Londres<sup>29</sup>.

15. Como consecuencia de una serie de incidentes ocurridos en Marzo del 2011, el asegurado reclamó a la aseguradora una indemnización por daños y perjuicios a la que se opuso la aseguradora argumentando que los riesgos no estaban cubiertos por la póliza. En esta situación, con el objetivo de blindarse frente a cualquier acción posterior del asegurado, el 29 de Noviembre de 2011 la aseguradora instó el arbitraje en Londres con la intención de obtener un laudo declarativo que reconociera su falta de responsabilidad. En respuesta a la demanda de arbitraje, el asegurado buscó ante los tribunales brasileños una declaración de nulidad de la cláusula de arbitraje y obtuvo de manera cautelar de los tribunales de Sao Paulo una orden impidiendo a la aseguradora continuar con el arbitraje en Londres. Esto hizo que la aseguradora presentará entonces una solicitud ante los tribunales ingleses para obtener sin audiencia previa del demandado unas *anti-suit injunctions* contra el asegurado que fueron decretadas inicialmente por Stadlen J.

16. Oponiéndose a las *anti-suit injunctions* adoptadas, el asegurado argumentó que, al igual que el resto de las cláusulas del contrato, la cláusula de arbitraje se regía por el derecho brasileño y que conforme a éste el arbitraje únicamente podía instarse por él, no por la aseguradora. En contraposición la aseguradora argumentó que el derecho aplicable a la cláusula era el derecho inglés y que, por tanto, no había motivos para no mantener las medidas adoptadas porque el convenio de arbitraje era válido y al presentar una acción ante los tribunales brasileños el asegurado estaba incumpliendo el convenio de arbitraje. Por tanto, la cuestión principal a resolver era si la cláusula de arbitraje se regía por el derecho brasileño o por el inglés, de regirse por el primero las *anti-suit injunctions* debían dejarse sin efecto.

17. En primera instancia, Cooke J consideró que, a la hora de determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, a falta de una elección expresa, los tribunales debían buscar el ordenamiento jurídico que presentará una conexión más estrecha y real con el convenio de arbitraje. Siendo posible que en aquellos supuestos en que el convenio reviste la forma de una cláusula del contrato la *lex arbitri* sea diferente a la *lex contractus*, el mero hecho de que la cláusula de arbitraje estuviera inserta en un contrato sometido expresamente al derecho brasileño no conllevaba que éste fuera de por sí el derecho aplicable al convenio de arbitraje. De hecho, siguiendo las autoridades previas<sup>30</sup>, su señoría concluyó que, teniendo en cuenta la trascendencia para el arbitraje que tiene la elección de Londres como sede, era la ley inglesa la que presentaba una conexión más estrecha y real y, por tanto, que debía ser ésta la que operase como *lex arbitri*<sup>31</sup>.

## B) El fallo de la Corte de Apelación

18. Al conocer de la apelación a la decisión adoptada por Cooke J, la Corte de Apelación - compuesta por Neuberger MR, Moore-Bick LJ y Hallett LJ – se enfrenta en esencia a la misma cuestión a la que se enfrentó el tribunal de primera instancia: ¿cuál es el derecho aplicable a la cláusula de arbitraje: el derecho inglés o el derecho brasileño?

<sup>28</sup> “It is agreed that this policy will be governed exclusively by the laws of Brazil” rezaba literalmente la cláusula número 7.

<sup>29</sup> La cláusula 12 específicamente decía: “In case the Insured and the Insurer(s) shall fail to agree as to the amount to be paid under this Policy through mediation as above, such dispute shall then be referred to arbitration under ARIAS Arbitration Rules (...) The seat of the arbitration shall be London, England”.

<sup>30</sup> Además del caso *C v D* examinado previamente, la Corte de Apelación tomó por referencia el caso *Shashoua & Others v Sharma* [2009] EWHC 957 (Comm). En este caso, un contrato sometido expresamente al derecho indio contenía una cláusula que preveía un arbitraje conforme a las reglas de la Cámara Internacional de Comercio con Londres como “venue of arbitration”. La elección del derecho indio como *lex contractus* y la utilización del termino “venue” en vez del termino “seat” dio lugar a un debate entre el demandante y el demandado acerca de si Londres era la sede o una mera localización dónde debían tener lugar las audiencias y sesiones. El Tribunal consideró que la mención “venue” sin el establecimiento de otro lugar geográfico alternativo inexorablemente conllevaba que Londres debía ser considerada la sede.

<sup>31</sup> *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd’s Rep 275 [11–15].

19. Con su brillantez habitual, Moore-Bick LJ comienza reconociendo que es perfectamente posible que las partes opten por la cláusula de arbitraje a un ordenamiento jurídico diferente de aquél que rija el contrato en que aquélla se inserta. Sin embargo, a falta de un ejercicio expreso de esta disociación entre *lex arbitri* y *lex contractus*, Moore-Bick LJ considera que lo lógico es presumir que cuando las partes han elegido expresamente un ordenamiento jurídico para que rija el contrato, la elección se haga con respecto a todas las cláusulas del mismo, incluida el convenio de arbitraje<sup>32</sup>. En consecuencia, la Corte de Apelación establece la premisa de que existiendo una elección expresa de *lex contractus* y careciendo la cláusula arbitral de una elección expresa de *lex arbitri*, se entenderá *prima facie* que las partes han elegido implícitamente como *lex arbitri* la ley expresamente elegida como *lex contractus*<sup>33</sup>.

Teniendo en cuenta que mientras la cláusula 7 expresamente sometía las pólizas al derecho brasileño, la 12 no contenía una elección expresa de *lex arbitri*, la aplicación de la premisa antes analizada conllevaría apoyar la moción del apelante/asegurado y concluir que el derecho brasileño debía operar como ley aplicable a la cláusula de arbitraje. Sin embargo, en el caso concreto existen dos factores que conjuntamente valorados destruyen dicha presunción y llevan a concluir que las partes no han elegido implícitamente el derecho brasileño como *lex arbitri*: la elección de Londres como sede y el hecho de que, si la cláusula estuviera sometida al derecho brasileño, devendría ineficaz.

Respecto al primero de los dos factores, la elección de Londres como sede, el tribunal considera que teniendo en cuenta que dicha elección conlleva la localización jurídica del arbitraje en Inglaterra, podía entenderse que la intención de las partes era que fuera la ley inglesa la que regulara todos los aspectos relativos al arbitraje, incluyéndose cuestiones como la validez del acuerdo o la jurisdicción del órgano arbitral<sup>34</sup>.

En cuanto al segundo de los factores, habida cuenta de que si el derecho brasileño era el aplicable al convenio de arbitraje, éste sería ineficaz, Moore-Bick LJ concluye que no parecería propio de las partes de un convenio de arbitraje someterlo a un ordenamiento jurídico conforme al cual dicho convenio no resultaría operativo<sup>35</sup>.

20. No existiendo elección expresa y habiéndose descartado la existencia de una elección implícita del derecho brasileño, aplicando las normas de conflicto del *common law*, la ley que presente la conexión más estrecha y real con el arbitraje será la que resulta aplicable al convenio de arbitraje. Habiéndose elegido Londres como sede, es la ley inglesa la que presenta una conexión más estrecha y real con el arbitraje y, por tanto, será también la aplicable a las cláusulas de arbitraje previstas en las pólizas.

### C) Consecuencias del fallo en la determinación de la ley aplicable al convenio de arbitraje

21. Separándose del criterio adoptado en el caso *C v D* y por Cooke J en primera instancia, la Corte de Apelación establece una importante presunción aplicable a los de convenios de arbitraje que tomen la forma de una cláusula inserta en un contrato: la elección expresa de *lex contractus* se entenderá, salvo que concurren indicios que apunten en otro sentido, elección implícita de la ley aplicable a la cláusula de arbitraje.

22. La aplicación de esta presunción a la norma de conflicto del *common law* establecida para determinar la ley aplicable al convenio de arbitraje da como resultado lo siguiente:

- 1) No tratándose de una cláusula de arbitraje sino de un auténtico acuerdo de arbitraje:
  - a) Existiendo una elección expresa de *lex arbitri*, el tribunal se atenderá a dicha elección.

<sup>32</sup> *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd's Rep 671 [11].

<sup>33</sup> *ibidem* 26.

<sup>34</sup> *ibidem* 29.

<sup>35</sup> *ibidem* 30–31.

- b) No existiendo una elección expresa de *lex arbitri*, pero existiendo en cambio una elección de sede, se entenderá *prima facie* que las partes han elegido implícitamente la ley del lugar de la sede como ley aplicable al convenio de arbitraje.
  - c) Por último, no existiendo designación expresa o implícita de *lex arbitri*, habrá de atenderse a las circunstancias, siendo aplicable la ley que presente una conexión más estrecha y real con el caso.
- 2) Tratándose de una cláusula de arbitraje, la determinación de la *lex arbitri* seguirá los pasos que acabamos de observar, pero con algunas modificaciones derivada de su inserción en el seno de un contrato:
- a) Previendo expresamente la cláusula de arbitraje su sometimiento a un determinado ordenamiento jurídico será éste el que opere como *lex arbitri*, independientemente de si rige también o no el contrato en que se inserta la cláusula.
  - b) No conteniéndose una designación expresa de *lex arbitri* y existiendo una elección expresa de *lex contractus*, salvo que existan indicaciones que apunten en sentido contrario, se entenderá que la ley expresamente elegida para regir el contrato es la implícitamente elegida para regir también la cláusula de arbitraje.
  - c) No existiendo una designación expresa de *lex arbitri*, ni de *lex contractus*, se entenderá que resulta aplicable a la cláusula de arbitraje la ley que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje, siendo generalmente ésta la ley del lugar elegido como sede<sup>36</sup>.

#### D) Análisis crítico

**23.** Resulta incuestionable que la doctrina del caso *Sul América* guarda una relación que se podría tildar de problemática con el principio de separabilidad. Muchas críticas realizadas en este sentido han erróneamente identificado separabilidad con aislamiento y, parafraseando al poeta John Doone<sup>37</sup>, “*no clause is an island*”.

**24.** A la hora de analizar el fallo de la Corte de Apelación hay tener en cuenta que, lejos de sostener una separabilidad equiparable a un aislamiento de la cláusula de arbitraje, tanto la normativa inglesa<sup>38</sup>

<sup>36</sup> En *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS v VSC Steel Company Ltd* [2013] EWHC 4071 (Comm), el contrato contenía una cláusula de arbitraje en Londres, pero carecía de elección expresa de *lex contractus* y de *lex arbitri*. El tribunal consideró que en estas circunstancias no existía elección expresa o implícita de ley aplicable a la cláusula de arbitraje, debiéndose ésta determinar mediante el criterio residual de la conexión más estrecha y real. Así, a pesar de que conforme a las normas de conflicto resultaba aplicable al contrato la ley turca, a la cláusula de arbitraje le resultaba aplicable la ley inglesa por ser Londres la sede del arbitraje. Esta sentencia viene a confirmar la opinión de MERKIN & FLANNERY acerca de la interrelación entre el fallo adoptado por la Corte de Apelación en el caso *Sul América* y lo dicho en el caso *C v D*: “If there is no express choice of law governing the matrix contract, the nomination of the seat of the arbitration is likely to have more relevance but may not be necessarily be determinative of the law applicable to the arbitration agreement” [R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*... op. cit. p.211]. Ver también: R. NAZZINI, *The law applicable*... op. cit. p. 691; D. SUTTON, J. GILL & M. GEARING, *Russell on Arbitration*... op. cit. Párrafo 2–120.

<sup>37</sup> “No man is an island entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as any manner of thy friends or of thine own were; any man’s death diminishes me, because I am involved in mankind. And therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee” [John Donne, *Devotion upon Emergent Occasions*, Meditation XVII].

<sup>38</sup> Con relación al alcance del principio de separabilidad, el comité encargado de la redacción de la Ley de Arbitraje de 1996 afirmaba expresamente: “The doctrine of separability is confined to the effect of invalidity of the main contract on the arbitration agreement” (énfasis añadido) [Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996, ‘Report on the Arbitration Bill’ (1996) párrafo 44]. Un ejemplo clásico del alcance del principio de separabilidad así definido es *Fiona Trust & Holding Corporation and Other v Privalov and Others* [2008] 1 Lloyd’s Rep 254. En este caso, los propietarios de unos buques alegaban que ocho contratos de fletamento del modelo estandarizado Shelltime 4 suscritos con los apelados eran fruto de un soborno al director general de una empresa estatal rusa. Los contratos contenían tanto una elección expresa del derecho inglés como *lex contractus*, como también una cláusula de arbitraje en Londres. Al conocer del soborno, los propietarios instaron ante la justicia

como la ley modelo<sup>39</sup> han venido a defender una visión limitada del principio de separabilidad conforme a la cual éste desplegaría sus efectos únicamente en aquellos supuestos en que, existiendo circunstancias que afecten a la validez del contrato en que se inserta la cláusula de arbitraje, pudiera verse afectada la validez, eficacia u existencia de la cláusula de arbitraje<sup>40</sup>. Por tanto, en la medida en que no se pusiera en cuestión la validez del contrato principal, no debería producirse la separación de la cláusula de arbitraje e impedirse así una interpretación sistemática de la misma.

25. Derivado de esto surge una primera cuestión en torno a *Sul América* ya que, no existiendo dudas sobre la validez de las pólizas de seguro y, en consecuencia, separación de la cláusula de arbitraje respecto del resto del contrato, nada hubiera impedido al asegurado alegar que la elección expresa del derecho brasileño como *lex contractus* era también una elección expresa de *lex arbitri*. Al no haberse realizado dicha alegación, nunca sabremos cuál hubiera sido la respuesta de la Corte de Apelación, pero su estimación hubiera cerrado el paso al análisis de la elección implícita y de la conexión más estrecha y real<sup>41</sup>.

26. Una segunda cuestión, es el rol proactivo que el intérprete asume cuando, no existiendo dudas sobre la validez del contrato en que se inserta la cláusula, al ver que su interpretación sistemática conduce a que las partes han elegido implícitamente una ley conforme a la cual el convenio de arbitraje es nulo, ineficaz o inoperativo, descarta dicha elección implícita y procede a determinar la *lex arbitri* conforme al criterio residual de la conexión más estrecha y real con el arbitraje, lo que de facto supone la separación de la cláusula de arbitraje respecto del resto de cláusulas del contrato en que se contiene. Esto implica una ampliación del ámbito de aplicación del principio de separabilidad a supuestos en que la potencial falta de eficacia, validez y operatividad del convenio de arbitraje no deriva ya de los defectos presentes en el contrato principal, sino del resultado de la interpretación sistemática de la cláusula de arbitraje.

27. Derivada de esta segunda cuestión surgiría una tercera que es el alcance del rol proactivo del intérprete en la defensa de la validez de la cláusula o, dicho de otro modo, hasta dónde puede llegar el intérprete antes de admitir que las partes han podido errar en la configuración del arbitraje. En este

---

la rescisión de los contratos de fletamento, ante lo cual los fletadores solicitaron la suspensión del procedimiento judicial y la remisión de las partes al arbitraje convenido. En primera instancia, se rechazó la petición de suspensión del procedimiento judicial; sin embargo, en segunda instancia, la Corte de Apelación – *Fiona Trust & Holding Corporation and Other v Privalov and Others* [2007] 2 Lloyd’s Rep 267 - estimó la petición argumentando que, con base en el principio de separabilidad, la mera alegación de soborno en el contrato principal no servía para privar de eficacia a la cláusula de arbitraje. Planteado recurso ante la Cámara de los Lores, se ratificó el fallo de la Corte de Apelación. De conformidad con los fallos de la Corte de Apelación y de la Cámara de los Lores, como consecuencia del principio de separabilidad, para apreciar la falta de validez de la cláusula de arbitraje es necesario alegar y constatar un motivo directamente relacionado con la falta de validez de la propia cláusula, no siendo suficiente con alegar y demostrar la falta de validez del contrato en que se inserta dicha cláusula.

<sup>39</sup> El artículo 16(1) de la Ley Modelo recoge el principio de separabilidad a la hora de regular la facultad del órgano arbitral de decidir sobre su competencia, así dice: “El tribunal estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. *A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria*” (énfasis añadido). En el informe elaborado por el comité encargado de la redacción de la Ley de Arbitraje de 1996 explica en su informe que, considerando cuestiones diferentes el principio de separabilidad y la facultad del órgano arbitral a decidir sobre su jurisdicción, optaron por seguir la Ley Modelo pero desdoblado su contenido: mientras el artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 1996 reconoce el principio de separabilidad – “Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement” -, la facultad del órgano arbitral a pronunciarse sobre su jurisdicción se reconoce en el artículo 30 – “(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to: (a) Whether there is a valid arbitration agreement; (b) Whether the tribunal is properly constituted; and (c) What matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement. (2) Any such ruling may be challenged by any available process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part” -.

<sup>40</sup> “An arbitration agreement is a separate and distinct agreement and is not ordinarily impeached or rendered void if the substantive contract is discharged, frustrated, repudiated, rescinded, avoided or found to be void” [D. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcements* (2nd edn, Sweet & Maxwell 2010) para 4.36].

<sup>41</sup> B. PRIMROSE, *Separability and Stage One of the Sulamérica Inquiry* (2017) 33 *Arbitration International* 139, 143.

aspecto, en mi opinión, la solución adoptada en *Sul América* no incurre en un exceso: descartado el derecho brasileño como elección implícita por sus efectos sobre la eficacia del convenio de arbitraje, el tribunal acude al criterio residual de la conexión más estrecha y real, considerando que ésta era la ley del lugar designado como sede. Sin embargo, imaginemos que las pólizas hubieran previsto que la ley aplicable al procedimiento debía ser la ley brasileña, ¿hubiera esta previsión junto al resto de circunstancias presentes en el caso supuesto que ya no fuera la ley inglesa la que presentará una conexión más estrecha y real con el arbitraje? O, en sentido contrario, si las partes hubiera previsto un arbitraje en Brasil conforme a la normativa inglesa en materia de arbitraje, ¿podría considerarse que la elección de la ley inglesa como ley aplicable al procedimiento presenta una intensidad suficiente como para desplazar a una *lex loci arbitri* conforme a la cual la cláusula de arbitraje devendría ineficaz?

**28.** Por último, una cuarta cuestión se podría plantear en relación con *Sul América* y es si la elección de una sede no coincidente con el ordenamiento jurídico elegido expresamente como *lex contractus* no debería ser por sí misma una indicación suficientemente intensa como para considerar que las partes nunca han tenido la intención de que resulte aplicable a la cláusula de arbitraje la misma ley que es aplicable al resto de cláusulas del contrato. Por ejemplo, en *Sul América*, sin necesidad de entrar a analizar las consecuencias que el sometimiento al derecho brasileño pudiera tener sobre la eficacia de la cláusula de arbitraje, ¿no parece que la elección de país diferente de Brasil como sede del arbitraje ya supone por sí misma una indicación evidente de que las partes no quieren que la ley brasileña operase como *lex arbitri*?

**29.** Como veremos en los casos siguientes, algunas de estas cuestiones serán matizadas o enmendadas en los años posteriores por los tribunales de las jurisdicciones *common law* al aplicar la doctrina *Sul América*.

## **2. *Arsanovia Ltd & Others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd's Rep 235**

**30.** En Junio del 2008, dos empresas – Arsanovia y Burley, subsidiarias ambas de Unitech– celebraron un contrato con Cruz City para el establecimiento de una *joint venture* cuyo objeto era el desarrollo de los suburbios de Bombay. Para lograrlo, Arsanovia y Cruz City constituyeron una sociedad denominada Kerrush Investments Ltd, que junto a Arsanovia y Cruz City suscribiría el 6 de junio del 2008 un acuerdo de accionistas que, además del sometimiento expreso del acuerdo a la ley india<sup>42</sup>, preveía un arbitraje institucional en Londres de las disputas que pudieran surgir entre las partes ante la LCIA – la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de Londres -<sup>43</sup>. Paralelamente, el 6 de Junio de 2008, Burley, Unitech y Cruz City firmaron un acuerdo de respaldo financiero<sup>44</sup> con idénticas cláusulas de arbitraje y de ley aplicable al contrato mediante el cual Unitech se comprometía a suministrar a Burley los fondos necesarios para que ésta pudiera cumplir con sus obligaciones económicas respecto al proyecto.

**31.** Con ocasión de la quiebra del accionista mayoritario de Cruz City, el 14 de Julio de 2010 Arsanovia remite a Cruz City dos notificaciones: en la primera le comunica que en cumplimiento del

<sup>42</sup> La cláusula 24 del acuerdo de accionistas decía lo siguiente: “Governing Law. This agreement shall be governed by, and construed in accordance with laws of India, without regard to the conflict of law rules thereof that would require the application of the laws of another jurisdiction”.

<sup>43</sup> “LCIA Arbitration. Any dispute arising out of or in connection with the provisions of this Agreement, including any question regarding its validity, existence or termination shall be referred to and finally settled by arbitration under the London Court of International Arbitration Rules (‘Rules’), which rules are deemed to be incorporated by reference into this Clause. The number of arbitrators shall be three. The seat or legal place of the arbitration shall be London, England. The language to be used in the arbitral proceedings shall be English (...) Notwithstanding the above, the Parties hereto specifically agree that they will not seek any interim relief in India under the Rules or under the Arbitration and Conciliation Act 1996 (the ‘Indian Arbitration Act’), including Section 9 thereof. The provisions of Part I of the Indian Arbitration Act are expressly excluded. For the avoidance of doubt, the procedure in this Clause 21 shall be exclusive procedure for the resolution of all disputes referred herein” (énfasis añadido) rezaba la cláusula 21 del acuerdo de accionistas.

<sup>44</sup> El acuerdo suscrito era uno de los denominados “*Keepwell Agreements*”.

acuerdo de accionistas ha perdido la capacidad de administración de su participación en Kerrush<sup>45</sup>; y, en la segunda, le traslada su obligación de vender a Arsanovia dicha participación conforme al procedimiento previsto en el acuerdo de accionistas<sup>46</sup>. Ante esta situación, el 13 de Septiembre de 2010, Cruz City pretende ejercitar la opción de venta prevista en el acuerdo de accionistas lo que supondría obligar a Arsanovia a pagar un importe más alto por la participación de Cruz City en Kerrush que el que debiera pagar bajo el procedimiento de venta forzosa incoado por Arsanovia mediante la notificación del 14 de Julio. Surge entonces una disputa entre las partes en relación con la validez de las notificaciones realizadas por Arsanovia en Julio ya que, si aquéllas son válidas, Cruz City no puede ejecutar la opción de venta.

**32.** La disputa derivó en tres arbitrajes ante la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de Londres.

1. En el primer arbitraje Cruz City solicitaba que se condenase a Arsanovia y Burley al cumplimiento específico de la opción de compra y al pago de los daños y perjuicios ocasionados. Los demandados se limitaron a contestar impugnando la jurisdicción del órgano arbitral para conocer de la petición.
2. En el segundo arbitraje, Cruz City solicitaba que se condenase de conformidad con el acuerdo de respaldo financiero a Unitech y Burley al pago de daños y perjuicios. Los demandados se limitaron a contestar impugnando la jurisdicción del órgano arbitral para conocer de la petición.
3. Y, finalmente, en el tercer arbitraje Arsanovia solicitaba la adopción de un laudo en que se declarase la validez de las notificaciones de Julio de 2010 y la consiguiente condena a Cruz City a la venta de su participación en Kerrush conforme al procedimiento previsto en el acuerdo de accionistas. A esto respondió reconventionalmente Cruz City repitiendo las peticiones realizadas en el primer arbitraje.

A pesar de ser resueltos por el mismo tribunal y escuchados en una misma audiencia, el tribunal no procedió a su acumulación, adoptándose tres laudos:

- A. Respecto al primer arbitraje, el tribunal declaró ostentar jurisdicción y procedió a estimar la acción de Cruz City, declarando que Arsanovia no tenía derecho a realizar las notificaciones de julio y, por tanto, le condenó a comprar a Cruz City su participación en Karrassh por el importe fijado conforme a la opción de venta y no conforme al procedimiento de venta forzosa previsto en el acuerdo de accionistas.
- B. Respecto al segundo arbitraje, el tribunal declaró gozar de jurisdicción y obligó a Burley y Unitech a pagar cuánto se adeudará en relación con la opción de venta.
- C. Respecto al tercer arbitraje, el tribunal desestimó tanto la demanda principal de Arsanovia como la reconventional de City Cruz.

**33.** A la vista de los laudos, Arsanovia impugna la validez del primer y segundo laudo ante los tribunales ingleses aduciendo que los árbitros carecían de jurisdicción<sup>47</sup> para conocer de las disputas de-

<sup>45</sup> “*Management approval termination notice*” en inglés.

<sup>46</sup> “*Buy-Out Notice*” en inglés.

<sup>47</sup> A diferencia del artículo 16 de la Ley Modelo, la Ley Inglesa de Arbitraje distingue por un lado el principio de separabilidad (artículo 7) y, por otro lado, la competencia del órgano arbitral a pronunciarse sobre su jurisdicción contemplada en el artículo 30. Éste artículo es especialmente importante porque en su primer apartado contiene la definición del concepto de jurisdicción sustantiva – “Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that it is, as to: (a) whether there is a valid arbitration agreement; (b) whether the tribunal is properly constituted; and, (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement” [artículo 30(1) de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996] – que sirve de base para el mecanismo de impugnación del laudo previsto posteriormente en el artículo 67. Mediante la impugnación prevista en este artículo – que, junto a los previstos en los artículos 68 y 69, es uno de los medios de impugnación previstos en la Ley Inglesa de Arbitraje – se podrá impugnar en base a la falta de jurisdicción sustantiva del tribunal tanto los laudos jurisdiccionales – es decir, aquellos sobre los que el órgano arbitral se pronuncia de manera preliminar y específica sobre su propia jurisdicción – como los laudos finales – entendiéndose estos por aquellos en los que se entra total o parcialmente a resolver el fondo del asunto. Ver: R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*... op. cit. p. 101–113 y 291–303.

bido a que, siendo aplicable a las cláusulas de arbitraje el derecho indio, conforme a éste no concurrían las circunstancias necesarias para que el órgano arbitral pudiera conocer de las disputas<sup>48</sup>. Por tanto, antes de entrar a decidir si el órgano arbitral carecía o no de jurisdicción, Smith J debe determinar si realmente la *lex arbitri* implícitamente elegida es la ley india – que es el derecho elegido expresamente por las partes como *lex contractus* – o si, por el contrario, resulta aplicable a la cláusula de arbitraje la ley inglesa – que es la *lex locus arbitri* -.

**34.** Recalcando que como consecuencia de la exclusión de los convenios de arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, la determinación de la *lex arbitri* ha de realizarse conforme al *common law*, Andrew Smith J comienza recordando que éste marca que en primer término se atenderá a la elección expresa de las partes, no existiendo ésta a la elección implícita y, finalmente, en ausencia de elección expresa e implícita, se entenderá que la ley que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje debe operar como *lex arbitri*<sup>49</sup>.

**35.** Tras llevar a cabo un interesante análisis de las autoridades previas en la materia, siguiendo la doctrina *Sul América*, Andrew Smith J examina si existen indicaciones que conjuntamente consideradas puedan rebatir la presunción conforme a la cual la elección expresa del derecho indio como *lex contractus* conlleva su elección implícita como *lex arbitri*. Centrando su atención en que las cláusulas de arbitraje previstas tanto en el acuerdo de accionistas, como en el acuerdo de respaldo financiero, contienen tanto una renuncia expresa de las partes a la solicitud de adopción de medidas cautelares de conformidad con la normativa india en materia de arbitraje, como una exclusión de la Parte I de dicha normativa al arbitraje convenido<sup>50</sup>, Su Señoría concluye que dichas menciones denotan la asunción por las partes de que el derecho indio resultaba aplicable al arbitraje<sup>51</sup>. En consecuencia, más allá de la elección de Londres como sede, no aprecia otra indicación que apunte a que las partes no quisieran que el derecho expresamente elegido para regir el contrato no fuera también aplicable a la cláusula de arbitraje, considerando así que el derecho indio había sido implícitamente elegido como *lex arbitri* al ser expresamente elegido para regir los contratos que contenían las cláusulas de arbitraje<sup>52</sup>.

**36.** Finalmente, antes de entrar a analizar la ausencia de jurisdicción o no del órgano arbitral para adoptar los laudos impugnados, Smith J realiza un significativo comentario *obiter dictae* al recalcar que, de no haberse realizado la elección implícita del derecho indio, debería haber determinado la ley aplicable al convenio de arbitraje conforme al criterio residual de la conexión más estrecha y real con el arbitraje, en cuyo caso hubiera identificado como *lex arbitri* el derecho inglés al ser la *lex locus arbitri* la que presenta una conexión más estrecha y real con el arbitraje<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Representado por prestigioso *barrister* Jonathan Hirst, se aduce en ambos casos que, conforme al derecho indio, un órgano arbitral no puede conocer de una disputa que se plantea simultáneamente frente a varias partes cuando no todos los demandados son parte del convenio de arbitraje. En relación con el primer laudo se alega que Burley no es parte del convenio de arbitraje contemplado en el acuerdo de accionistas y, en consecuencia, el tribunal carecía de jurisdicción para conocer de la acción planteada contra Burley y Arsanovia. En relación con el segundo laudo se alega que Unitech no es parte del convenio de arbitraje previsto en el acuerdo de respaldo financiero, ergo, el tribunal carecía de jurisdicción para conocer de la acción planteada contra Burley y Unitech.

<sup>49</sup> *Arsanovia Ltd & Others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd's Rep 235 [8].

<sup>50</sup> Cómo se ha visto anteriormente, la cláusula 21.1 del acuerdo de accionistas disponía literalmente: "Notwithstanding the above, the Parties hereto specifically agree that they will not seek any interim relief in India under the Rules or under the Arbitration and Conciliation Act 1996 (the 'Indian Arbitration Act'), including Section 9 thereof. The provisions of Part I of the Indian Arbitration Act are expressly excluded. For the avoidance of doubt, the procedure in this Clause 21 shall be exclusive procedure for the resolution of all disputes referred herein" (énfasis añadido).

<sup>51</sup> *Arsanovia Ltd & Others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd's Rep 235 [20].

<sup>52</sup> *ibidem* [21].

<sup>53</sup> *ibidem* [24].

### 3. *BNA v BNB & BNC* [2019] SGCA 84

37. El 7 de Agosto de 2012, BNA – una empresa china – celebra un contrato de compraventa con BNB – una empresa coreana – mediante el cual el primero se compromete a comprar cantidades específicas de un gas industrial que el segundo fabrica en una planta que dispone en China. Bajo el título “*Disputas*”, la cláusula 14 del contrato contenía dos previsiones: por un lado, contenía una elección expresa del derecho chino como *lex contractus*<sup>54</sup> y, por otro lado, previa para las disputas que pudieran surgir entre las partes un arbitraje institucional ante el SIAC – centro de arbitraje internacional de Singapur – en Shanghái<sup>55</sup>.

Posteriormente, al contrato principal se incorporó una adenda suscrita el 1 de Febrero de 2013 por BNA, BNB y BNC – una empresa china – cuya cláusula 2 disponía que a partir del 1 de Febrero de 2013 todos los derechos y obligaciones del vendedor en relación con el contrato de compraventa de gas industrial serían íntegramente asumidos por BNC. A su vez, la adenda aclaraba que debía ser considerada como una parte indivisible del contrato principal y que, en caso de discrepancia entre sus previsiones y el contrato, prevalecería la adenda.

38. No habiendo pagado BNA el precio por una de las entregas de gas, el 2 de Marzo de 2016 BNB y BNC presentaron una demandada de arbitraje ante el SIAC que fue contestada por BNA alegando la falta de jurisdicción del órgano arbitral por inexistencia de un acuerdo de arbitraje válido. De acuerdo con las alegaciones de BNA, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje era el derecho chino y conforme a éste, el acuerdo no era válido porque ni el derecho chino permite un arbitraje en China conforme a normas de instituciones extranjeras, ni permite que una disputa íntegramente doméstica pueda ser sometida a un arbitraje ante una institución extranjera.

39. Debiendo por tanto interpretar la cláusula de arbitraje y dilucidar si la ley china debía operar como *lex arbitri*, el órgano arbitral mediante un laudo adoptado el 18 de Julio de 2017 declaró ostentar jurisdicción. El razonamiento de los árbitros fue el siguiente:

- A. La referencia realizada a Shanghái no debía entenderse en el sentido de que ésta fuera la sede del arbitraje porque, de serlo, conduciría a que la aplicación de la ley china y, consiguientemente, a que las partes hubieran confeccionado un acuerdo de arbitraje genuinamente inválido. En su lugar, la mayoría de los árbitros optaron por entender que la referencia a Shanghái consistía en la designación de esta ciudad china como mera localización de las audiencias y actuaciones arbitrales, siendo realmente la sede del arbitraje la ciudad de Singapur.
- B. Como consecuencia de lo anterior, el órgano arbitral reconoció que la elección expresa de la ley china como *lex contractus* debía entenderse *prima facie* como una elección implícita de esa misma ley como ley aplicable a la cláusula de arbitraje; sin embargo, habida cuenta de que la cláusula devendría ineficaz de entenderse sometida a la ley china, la mayoría de los árbitros concluyeron que las partes no podían haber elegido implícitamente dicha ley como *lex arbitri*, debiéndose entonces determinar ésta conforme al criterio residual de la conexión más estrecha y real con el arbitraje. Siendo Singapur la sede, los árbitros entendieron que era su ley la que presentaba una conexión más estrecha y real con el arbitraje, debiendo por tanto actuar como *lex arbitri*.

<sup>54</sup> La cláusula 14.1 del contrato decía lo siguiente: “This Agreement shall be governed by the laws of the People’s Republic of China”.

<sup>55</sup> La cláusula 14.2 del contrato disponía: “With respect to any and all disputes arising out of or relating to this Agreement, the parties shall initially attempt in good faith to resolve all disputes amicably between themselves. If such negotiations fails, it is agreed by both parties that such disputes shall be finally submitted to the Singapore International Arbitration Centre (SIAC) for arbitration in Shanghai, which will be conducted in accordance with its Arbitration Rules. The arbitration award shall be final and binding on both parties”.

40. A la vista del laudo, BNA lo impugnó ante los tribunales de Singapur alegando la falta de jurisdicción del órgano arbitral<sup>56</sup>. La petición fue desestimada confirmándose así el razonamiento de la mayoría arbitral tanto en lo referente a la sede del arbitraje, como en lo relativo a la *lex arbitri*<sup>57</sup>. No compartiendo este fallo, se planteó entonces recurso ante la Corte de Apelación de Singapur que, como veremos, corregirá tanto la decisión arbitral como la judicial.

41. La Corte de Apelación comienza recordando que, a la hora de determinar en Singapur la ley aplicable a un acuerdo de arbitraje, se han de seguir los tres pasos marcados por la norma de conflicto del *common law* conforme a lo establecido en el caso *BCY*<sup>58</sup> que incorpora en Singapur la doctrina del caso *Sul América*.

42. En consecuencia, lo primero que se pregunta el tribunal es si la elección expresa del derecho chino de la cláusula 14.1 del contrato podía entenderse como una elección expresa del derecho aplicable a la cláusula de arbitraje prevista en la cláusula 14.2. La Corte de Apelación lo descarta al considerar que ni del hecho de que ambas disposiciones formaran parte de la misma cláusula, ni del texto de la cláusula, se desprende la voluntad nítida de elección expresa del derecho chino como *lex arbitri*<sup>59</sup>.

43. Habiéndose descartado la elección expresa de *lex arbitri*, el siguiente paso es el análisis de la existencia o no de una elección implícita. Para ello, la Corte debe resolver un asunto preliminar fundamental: ¿constituye Shanghái una elección de sede o es únicamente la identificación del lugar dónde deben tener lugar las actuaciones arbitrales?

En este punto, la Corte de Apelación disiente de la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia y por la mayoría del órgano arbitral. En mi opinión de manera acertada, siguiendo pronunciamientos de autoridades inglesas sobre cláusulas similares<sup>60</sup>, la Corte considera que la interpretación más natural de una cláusula que contiene una única referencia geográfica desemboca que sea ésta la que

<sup>56</sup> De conformidad con el artículo 10(3) de la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur, la impugnación de los laudos jurisdiccionales – entendiéndose estos como las decisiones arbitrales adoptadas durante la sustanciación del procedimiento sobre su jurisdicción para conocer de la disputa – habrá de realizarse en el plazo de 30 días ante el tribunal de primera instancia – el *High Court* -. La decisión de este tribunal será susceptible de un recurso de apelación siempre y cuando sea autorizado por el órgano que adoptó la decisión recurrida [artículo 10(4)].

<sup>57</sup> *BNA v BNB & Another* [2019] SGHC 142.

<sup>58</sup> *BCY v BCZ* [2017] 3 SLR 357. Como consecuencia del caso *BCY*, casos como *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd & Others* [2014] SGHCR 12 parece que han sido en cierta medida enmendados. En *FirstLink* las partes habían suscrito un contrato que contenía una cláusula que previa un arbitraje institucional ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Lo más curioso del contrato es que, conteniendo una elección expresa de *lex contractus*, ésta no era una ley de un Estado, sino las normas del propio Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; es decir, que al contrato resultaban aplicables las normas procedimentales que debían regir el desarrollo del arbitraje. Amparándose en *Sul América*, el demandante argumentaba que la elección expresa de *lex contractus* conllevaba la elección implícita de esa ley como *lex arbitri* y, por tanto, que las reglas institucionales debían regir la cláusula de arbitraje. De ser así, la cláusula resultaba nula por estar regido por unas normas meramente procedimentales. Reconociendo expresamente que no iba a seguir la doctrina *Sul América*, el tribunal de primera instancia de Singapur consideró que, a falta de indicaciones en sentido contrario, la elección de la sede debía entenderse como elección implícita de su derecho como ley aplicable al convenio de arbitraje. Por tanto, mientras al contrato resultaba aplicable las reglas de la institución sueca, al convenio de arbitraje le resultaba aplicable el derecho sueco por ser Estocolmo el lugar de la sede.

<sup>59</sup> *BNA v BNB & BNC* [2019] SGCA 84 [59]. Con el debido respeto, en mi opinión, esta conclusión es errónea o, por lo menos, discutible. La cláusula 14 lleva por título “*Disputas*” lo cual ya indica claramente que lo que se contiene en la misma constituye un *corpus* regulatorio concerniente a la resolución de los problemas que pudieran surgir entre las partes. Teniendo en cuenta que su apartado 2 contiene el acuerdo de arbitraje, parecería lógico que la palabra “*acuerdo*” utilizada en el apartado 1 hiciera referencia al acuerdo de arbitraje que se prevé en el apartado siguiente dentro de la misma cláusula. Es decir, en mi opinión, como consecuencia de la interpretación conjunta de los dos apartados de la cláusula 14 se podría sostener que el apartado 1 contiene una elección expresa del derecho chino como *lex arbitri*. En cualquier caso, nada alteraría al fallo alcanzado por la Corte de Apelación ya que, como veremos a continuación, se determina que las partes han elegido implícitamente como *lex arbitri* la ley china.

<sup>60</sup> En *Naviara Amazonica Peruana SA v Compania Internacional de Seguros del Peru* [1988] 1 Lloyd’s Rep 116, la Corte de Apelación concluyó que una cláusula que rezaba “*arbitration in London*” era una forma coloquial o habitual de indicar un arbitraje con sede en Londres. Esta interpretación se apoyó posteriormente en *ABB Lummus Global Ltd v Keppel Fels Ltd* [1999] 2 Lloyd’s Rep 24 [31].

deba entenderse *prima facie* elegida como sede del arbitraje<sup>61</sup>. Por tanto, salvo que existieran indicios que apuntarán a lo contrario, mediante la fórmula “*arbitration in Shanghai*” las partes designaron a Shanghái como sede.

44. La cuestión subsiguiente consistía en determinar si la ineficacia del convenio de arbitraje derivada de dicha elección de sede podía ser considerada como un indicio suficientemente robusto como para rebatir la presunción de que el único lugar geográfico mencionado en la cláusula de arbitraje debía presuntamente entenderse como el lugar elegido como sede<sup>62</sup>. Como razonablemente alegaba la defensa de los apelados, de entenderse Shanghái como sede elegida por las partes, nada impediría que la ley china operara como *lex arbitri* y, por tanto, se produjera la paradoja de que las partes habían acordado arbitrar sus disputas al mismo tiempo que invalidaban dicho acuerdo<sup>63</sup>. La Corte de Apelación considera que para que esta alegación pudiera ser estimada se debería constatar que las partes eran al menos conscientes de que la validez del acuerdo de arbitraje podía verse afectada por la elección de *lex arbitri*; sin embargo, no existía prueba alguna de que las partes hubieran sido en momento alguno conscientes de las consecuencias de la interacción entre el derecho chino y la elección de una institución arbitral extranjera, ni de los efectos que la combinación de estos elementos tendría sobre la validez de la cláusula de arbitraje<sup>64</sup>.

45. Habiéndose establecido que la cláusula de arbitraje designaba Shanghái como sede, no existía motivo alguno que impidiera concluir que la elección expresa de la ley china como *lex contractus* debía entenderse a su vez como elección implícita de esa misma ley como *lex arbitri*. De esta forma, sin necesidad de acudir al criterio residual de la conexión más estrecha y real, la Corte de Apelación estimaba el recurso y dictaminaba que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje era la ley china<sup>65</sup>.

46. A título de cierre, la Corte de Apelación hizo referencia a la tercera de las cuestiones que suscitaba *Sul América*, la referida a los límites en el papel proactivo del interprete. Ya al comienzo de su sentencia, la Corte había avisado de que el hecho de que convenio surgiera de un acuerdo entre las partes no significaba que debiera ser en todo caso válido<sup>66</sup>. Incidiendo en esta idea, en el último párrafo de la sentencia, la Corte recalca que la existencia de una voluntad expresa de las partes no significa que ésta deba llevarse a cabo a toda costa. A su parecer, la interpretación de la cláusula debe realizarse de manera que a los términos utilizados en su redacción se les otorgue su sentido natural. Si el resultado de

<sup>61</sup> *BNA v BNB & BNC* [2019] SGCA 84 [65].

<sup>62</sup> La Corte de Apelación de Singapur apoya su decisión en el interesante caso inglés *Shagang South-Asia (Hong Kong) Trading Co Ltd v Daewoo Logistics* [2015] EWHC 194 (Comm). Éste trata de un contrato de fletamento que, por un lado, tiene una cláusula que dice “Arbitraje: el arbitraje tendrá lugar en Hong Kong. Será aplicada la ley inglesa” y, por otro, prevé la incorporación por referencia de los términos del modelo estandarizado de contrato de fletamento Gencon 1994 cuya cláusula 19 prevé de forma genérica un arbitraje en Londres conforme a la normativa inglesa en arbitraje. Conociendo de una impugnación de un laudo adoptado en Londres a raíz de una disputa entre las partes, el *High Court* debe decidir si Hong Kong es la sede y la mención a la ley inglesa hace referencia a la normativa a aplicar al fondo del asunto o si, por el contrario, la mención a la ley inglesa hace referencia a la ley aplicable al procedimiento y, consiguientemente, supone una elección implícita de Inglaterra como sede de arbitraje, siendo entonces Hong Kong únicamente lugar de celebración de las sesiones. El Tribunal se decantó finalmente por la primera opción argumentando que, desde una perspectiva mercantil, la interpretación más lógica apuntaba a que la fórmula “*arbitration to be held in Hong Kong*” implicaba que la antigua colonia Británica era el lugar elegido como sede y, en consecuencia, que a falta de indicaciones que claramente apuntaran a lo contrario, se debía presumir que la ley de Hong Kong debía operar también como ley aplicable al procedimiento arbitral. Esto conllevaba que la segunda parte de la cláusula prevista en el contrato – que rezaba “*English Law to be applied*” – debía entenderse en el sentido de que ésta era la ley que debía ser aplicada al fondo del asunto.

<sup>63</sup> *BNA v BNB & BNC* [2019] SGCA 84 [89].

<sup>64</sup> *ibidem* 90.

<sup>65</sup> *ibidem* 94.

<sup>66</sup> “An arbitration agreement by definition is the product of negotiations between the parties. By incorporating an arbitration agreement into an underlying contract, the parties contemplate that should a dispute arise, it should be referred to arbitration strictly in accordance with the terms of the arbitration agreement and no more. However, it does not follow that the parties’ manifest intention to arbitrate must always be given effect to come what may. Ultimately, whether the parties’ intention to arbitrate should be enforced invariably depends on the wording and proper construction of the arbitration agreement. What must not be overlooked is that arbitration agreements, despite the best intention of the parties, can at times be invalid for any one of a variety of reasons (...)” [*ibidem* 1–2].

esta interpretación conlleva que el convenio de arbitraje es nulo, ineficaz o inexistente, deben las partes asumir sus consecuencias<sup>67</sup>.

#### **IV. La elección de la sede como elección implícita de ley aplicable a la cláusula de arbitraje: *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] EWCA Civ 574**

##### **1. Hechos**

**47.** En relación con la construcción en Rusia de una planta eléctrica para la empresa Unipro, en Mayo de 2011 Enka – una empresa turca dedica a la realización de trabajos internacionales de construcción e ingeniería – fue subcontratada por CJSC Energoproekt para la realización del diseño y construcción de una parte de la planta. En la cláusula 50.1, bajo el título “*Resolución de Disputas*”, el contrato preveía que las disputas entre las partes debían someterse a un arbitraje conforme a las reglas de la Cámara Internacional de Comercio con sede en Londres<sup>68</sup>.

El 21 de Mayo de 2014 CJSC, Unipro y Enka suscribieron un acuerdo mediante el cual los derechos y obligaciones de CJSC en relación con el contrato suscrito con Enka serían asumidos íntegramente por Unipro. El acuerdo disponía en su cláusula 7.5 que cualquier disputa que surgiera entre Enka y Unipro debería resolverse mediante un arbitraje conforme a lo previsto en la cláusula 50.1 del contrato de Mayo del 2011.

**48.** El 1 de Febrero de 2016 un incendio arrasó la planta y Unipro reclamó contra su aseguradora una indemnización. Entre Noviembre del 2016 y Mayo del 2017, la aseguradora Chubb pagó a Unipro una indemnización de más de 26.000 millones de Rublos - algo más de 400 millones de dólares -, lo que supuso su subrogación en los derechos que pudiera tener Unipro frente a Enka y otros contratistas por su posible responsabilidad en el incendio.

**49.** El 23 de Septiembre de 2017, la aseguradora Chubb comunicó a Enka que se había podido constatar que el incendio era consecuencia de defectos presentes en las tuberías de combustible atribuíbles a la falta de calidad del trabajo efectuado por Enka lo que les hacía responsables del incendio.

**50.** A pesar de la existencia de la cláusula 50.1, la aseguradora instó en Mayo del 2019 un arbitraje en Moscu que llevo a Enka a solicitar ante los tribunales ingleses la adopción de unas *anti-suit injunctions* que compelieran a la aseguradora a renunciar al procedimiento de arbitraje comenzado en

---

<sup>67</sup> “The essential point we make is that the parties’ manifest intention to arbitrate is not to be given effect at all costs. The parties did not only choose to arbitrate – they chose to arbitrate in a certain way, in a certain place, under the administration of a certain arbitral institution. Those all have to be given effect by a process of construction which critically gives the words of the arbitration agreement their natural meaning, unless there are sufficient contrary indicia to displace that reading. If the result of this process of construction is that the arbitration agreement is unworkable, then the parties must live with the consequences of their decision” [*ibidem* 104].

<sup>68</sup> La cláusula decía lo siguiente: “The Parties undertake to make in good faith every reasonable effort to resolve any dispute or disagreement arising from or in connection with this Agreement (including disputes regarding validity of this agreement and the fact of its conclusion (hereinafter – “Dispute”) by means of negotiations between themselves. In the event of the failure to resolve any Dispute pursuant to this Article within 10 (ten) days from the date that either Party sends a Notification to the opposite Party containing an indication of the given Dispute (the given period may be extended by mutual consent of the Parties) any Party may, by giving written notice, cause the matter to be referred to a meeting between the senior managements of the Contractor and Customer (in the case of the Contractor senior management should be understood as a member of the executive board or above, in the case of Customer, senior management shall be understood as general directors of their respective companies). The parties may invite the End Customer to such Senior Management Meeting. Such meeting should be held within fourteen (14) calendar days following the giving of a notice. If the matter is not resolved within twenty (20) calendar days after the date of the notice referring the matter to appropriate higher management or such later date as may be unanimously agreed upon, the Dispute shall be referred to international arbitration as follows:(a) the Dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, (b) the Dispute shall be settled by three arbitrators appointed in accordance with these Rules, (c) the arbitration shall be conducted in the English language, and (d) the place of arbitration shall be London, England”.

Rusia y avenirse a lo acordado en el contrato. En primera instancia, amparándose en el *forum non conveniens*, el tribunal inglés no estimó la petición, lo que llevo a la empresa turca a recurrir esta decisión ante la Corte de Apelación, la cual con su decisión vendrá no solamente a corregir la decisión adoptada en primera instancia, sino también a modificar la doctrina sentada en el caso *Sul América* nueve años antes.

## 2. Fallo de la Corte de Apelación

**51.** Siendo una de las cuestiones a resolver la identificación de la *lex arbitri*, las partes se muestran de acuerdo en que la ley aplicable al contrato es la rusa, pero mientras Enka aduce que la ley aplicable al convenio de arbitraje es el derecho inglés, Chubb asegura que es el derecho ruso.

**52.** En primer lugar, Popplewell LJ – el magistrado ponente con el que estarán de acuerdo sus compañeros de sala: Males LJ y Flaux LJ –, siguiendo el fallo adoptado por la Corte de Apelación en *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)*<sup>69</sup>, dispone que la elección expresa de una *lex arbitri* no tiene necesariamente que contenerse en la misma cláusula arbitral, sino que puede contemplarse o desprenderse de otra cláusula del contrato como puede ser aquélla en que se elige expresamente la *lex contractus*<sup>70</sup>.

En este aspecto, por tanto, la Corte de Apelación aclara una de las cuestiones examinadas anteriormente que suscitaba *Sul América* y sobre la que la Corte de Apelación de Singapur en *BNA* parecía mostrarse más restrictiva.

**53.** En segundo lugar, Popplewell LJ considera que el principio de separabilidad, sin llegar a producir el aislamiento de la cláusula de arbitraje, no sería únicamente aplicable a aquellos supuestos en que se ponga en cuestión la validez, eficacia o existencia del contrato principal, sino que también debe entrar en funcionamiento cuando, siendo necesario determinar la *lex arbitri*, las partes hayan optado por una sede y, en consecuencia, una *lex locus arbitri* diferente de la ley aplicable al contrato<sup>71</sup>.

Esto supone que, en aquellos supuestos en que la sede no se ubique dentro del territorio de la ley elegida expresamente como *lex contractus*, la determinación de la ley implícitamente elegida por las partes para regir la cláusula de arbitraje habrá de realizarse sobre la premisa de que la cláusula es independiente del resto del contrato.

Como consecuencia de esto, la Corte de Apelación reconoce expresamente que la presunción de *Sul América* conforme a la cual la elección expresa de *lex contractus* conlleva una elección implícita de *lex arbitri* vería circunscrita su aplicabilidad a aquellos supuestos en que la cláusula de arbitraje designe como sede el mismo Estado cuya ley ha sido elegida expresamente para regir el contrato en que se inserta la cláusula de arbitraje<sup>72</sup>. En realidad, como consecuencia de este ámbito reducido de aplicación y de lo que se verá en el párrafo siguiente, en realidad la presunción de *Sul América* carecerá ya de relevancia y la elección expresa de *lex contractus* lo único que hará es reforzar la presunción de que es la *lex locus arbitri* la elegida implícitamente por las partes.

**54.** En tercer y último lugar, atendiendo a la relación tan estrecha existente entre la *lex arbitri* y la *lex locus arbitri*, la Corte de Apelación considera que, a falta de una indicación en sentido contrario,

<sup>69</sup> *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6. En este caso, una empresa libanesa y una kuwaití celebraron un contrato que mientras su artículo 1 disponía que el contrato debía ser considerado como una unidad – “It shall be construed as a whole and each of the documents mentioned is to be regarded as an integral part of this Agreement and shall be interpreted as complementing the others” –, el 14 preveía un arbitraje en París conforme a las reglas de la cámara internacional de comercio y el 15 contenía una elección expresa del derecho inglés como *lex contractus* – “This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England” -. Desestimando la apelación, la Corte de Apelación consideró que la interpretación conjunta de los artículos 1 y del 15 indicaba nítidamente que las partes no solamente habían elegido el derecho inglés como ley aplicable al contrato, sino también a la cláusula de arbitraje del artículo 14. En sentido contrario se ha pronunciado posteriormente la Corte de Apelación de París: *Kabab-Ji S.A.L. Company v Kout Food Group Company Cour d’Appel de Paris* (Arrêt du 23 Juin 2020).

<sup>70</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] EWCA Civ 574 [88] – [90].

<sup>71</sup> *ibidem* [94].

<sup>72</sup> *ibidem* [95].

resulta difícil imaginar que las partes de un convenio opten por una ley aplicable al convenio de arbitraje diferente de la ley del lugar elegido como sede. Por ello, la elección de sede debe entenderse presuntamente como una elección implícita de la ley aplicable a la cláusula arbitral<sup>73</sup>. La Corte de Apelación reconoce que esta presunción podrá ser rebatida por las diferentes circunstancias que puedan concurrir en cada caso – por ejemplo, expresamente se cita en el fallo la falta de validez del convenio conforme a la *lex locus arbitri* -, pero recalca que dichas circunstancias habrán de ser extraordinariamente poderosas para que se deje de considerar que las partes han querido que ley de la sede y la ley aplicable al convenio sean la misma<sup>74</sup>.

### 3. Fallo del Tribunal Supremo del Reino Unido

55. En un fallo aprobado por una ajustada mayoría de 3 contra 2<sup>75</sup>, el Tribunal Supremo del Reino Unido corrige la decisión de la Corte de Apelación y, en un sentido análogo a como lo hizo Moore-Bick LJ en *Sul América*, fija los pasos que han de guiar la determinación de la ley aplicable a una cláusula de arbitraje.

56. El punto central del fallo de la mayoría es el rechazo al que denomina “*argumento del solapamiento*”<sup>76</sup> utilizado por la Corte de Apelación y conforme al cual, dada la estrecha relación existente entre la ley aplicable al procedimiento arbitral y la *lex arbitri*, la elección de *lex contractus* no abarcaría la cláusula de arbitraje en aquellos casos en que la ley elegida por las partes fuera diferente de la que resultara aplicable al procedimiento arbitral<sup>77</sup>.

Considerando exorbitante la aplicabilidad del principio de separabilidad defendida por la Corte de Apelación<sup>78</sup>, el Tribunal Supremo rechaza que pueda tratarse la cláusula de arbitraje como un acuerdo independiente del resto del contrato cuando exista falta de identidad entre la *lex locus arbitri* y la *lex contractus*. En su lugar, el Tribunal defiende que la elección de una ley aplicable al contrato debe entenderse en su sentido natural<sup>79</sup>, lo que supondrá que, salvo indicio en contrario, las partes al elegir la ley aplicable al contrato pretendían que esa misma ley se aplicase también a la cláusula de arbitraje<sup>80</sup>.

57. En segundo lugar, teniendo en cuenta la máxima “*verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat*”<sup>81</sup>, el Tribunal Supremo defiende que la interpretación de la cláusula de arbitraje habrá

<sup>73</sup> *Ibidem* [96] – [102].

<sup>74</sup> *ibidem* [104].

<sup>75</sup> El voto particular suscrito por los dos magistrados discrepantes no comparte principalmente que haya ausencia de elección del derecho ruso como *lex contractus*. Mientras la mayoría de la sala considera que la ley aplicable al contrato habría de determinarse de conformidad con el artículo 4 del Reglamento Roma I, la minoría considera que el derecho ruso ha sido elegido implícitamente, conforme a lo previsto en el artículo 3(1) del Reglamento (*Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38 [205] y [207]). Esto conlleva que, compartiendo con la mayoría de la sala que la ley elegida como *lex contractus* ha de entenderse con carácter general como implícitamente elegida como ley aplicable a la cláusula de arbitraje, en el caso concreto, la *lex arbitri* debería ser el derecho ruso (*ibidem* [228] y [229]). Por otro lado, aun admitiendo que pudieran estar equivocados sobre la elección implícita del derecho ruso como *lex contractus*, el voto discrepante sostiene que, de identificar la ley aplicable al contrato conforme al criterio residual de la conexión más estrecha y real, éste conllevaría igualmente la aplicación del derecho ruso (*ibidem* [256]). Así, no considerando proporcionada la relevancia que se le da a la elección de sede en los supuestos de falta de elección expresa o implícita de *lex arbitri* (*ibidem*), la minoría sostiene que la aplicabilidad del derecho ruso como *lex contractus* habría de prevalecer sobre la elección de Londres como sede del arbitraje (*ibidem* [260]).

<sup>76</sup> “*Overlap Argument*” en palabras del Tribunal Supremo del Reino Unido.

<sup>77</sup> En palabras del Tribunal Supremo, el argumento del solapamiento “rests on the premise that the curial law which governs the arbitration process is so closely related to the law governing the arbitration agreement that a choice of law to govern the contract should generally be presumed not to apply to an arbitration clause when the parties have chosen a different curial law” (*Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38 [64]).

<sup>78</sup> *ibidem* [61].

<sup>79</sup> *ibidem* [43].

<sup>80</sup> *ibidem* [60] y [53].

<sup>81</sup> Máxima reconocida en el derecho inglés desde 1626 y traducida por STAUGHTON en *Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd* [1997] QB 897 como “*the contract should be interpreted so that it is valid rather than ineffective*”

de hacerse en el sentido más favorable a su validez, existencia o efectividad. En consecuencia, cuando conforme a la ley elegida como *lex contractus* la cláusula de arbitraje fuera inválida, ineficaz o inexistente habrá de interpretarse esta circunstancia como un indicio en contra de que las partes quisieran que dicha ley operara como *lex arbitri*<sup>82</sup>.

Por tanto, la falta de validez, existencia o eficacia de la cláusula de arbitraje conforme a la *lex contractus* elegida por las partes constituirá una excepción a la presunción de que la ley elegida como *lex contractus* ha de entenderse implícitamente elegida como ley aplicable a la cláusula de arbitraje.

**58.** En tercer lugar, reconociendo que de la elección de sede se puede inferir una voluntad de que su derecho condicione en cierta medida la validez y extensión del convenio de arbitraje<sup>83</sup>, el Tribunal Supremo admite que la elección de una sede cuya ley disponga que, a falta de elección expresa de *lex arbitri*, ésta habrá de ser la *lex locus arbitri*<sup>84</sup>, será otro indicio en contra de la presunción de que las partes implícitamente deseaban que la ley elegida como *lex contractus* operara como ley aplicable a la cláusula de arbitraje<sup>85</sup>.

**59.** En cuarto lugar, descartada la elección implícita de aquella ley elegida como *lex contractus*, deberá entenderse que la ley aplicable a la cláusula de arbitraje será aquella que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje, siendo generalmente ésta la ley del lugar de la sede<sup>86</sup>.

La aplicación de este criterio residual también tendrá lugar en aquellos supuestos en que el contrato carezca de una elección de *lex contractus*.

**59.** La aplicación de lo hasta aquí analizado al caso concreto supone que, no habiendo las partes elegido la ley aplicable al contrato<sup>87</sup> y previendo la cláusula un arbitraje en Londres, en aplicación del criterio residual de la conexión más estrecha y real, el Tribunal Supremo concluye que debe ser la ley in-

---

(énfasis añadido) – es decir, “el contrato debe ser interpretado para que éste sea válido y no ineficaz” -. La máxima ha sido aplicada en numerosos casos. Por ejemplo, en *In re Missouri Steamship Co* (1889) 42 Ch D 321, un caso concerniente al derecho aplicable a un contrato de transporte de ganado desde Boston a Inglaterra que contenía una cláusula nula de ser aplicable el derecho de Massachussets, el tribunal aplicó la máxima para concluir que las habían sometido el contrato al derecho inglés porque únicamente conforme a éste la totalidad de las cláusulas del contrato serían válidas. Igualmente, en *Hamlyn v Talisker* [1894] AC 202, un caso relativo al derecho aplicable a una cláusula de arbitraje en Londres contenida en un contrato entre una empresa inglesa y una escocesa, la Cámara de los Lores unánimemente enmendó la sentencia que consideraba que siendo aplicable al contrato el derecho escocés por ser en Escocia dónde debía ejecutarse el contrato, aquél debía aplicarse también a la cláusula de arbitraje y, por tanto, la cláusula era nula al no identificarse los árbitros que debían resolver la disputa. La Cámara de los Lores consideró que la combinación de la elección de Londres como sede y la obligación de que los árbitros pertenecieran a una determinada institución inglesa conllevaba que las partes habían querido que el derecho inglés fuera el aplicable. En apoyo a esta conclusión, la Cámara de los Lores aducía que no podía haber sido la intención de las partes someter la cláusula de arbitraje y el contrato al derecho escocés porque conforme a éste la cláusula de arbitraje sería nula de pleno derecho y, por tanto, ante la duda, debía interpretarse de la manera más favorable a su efectividad.

<sup>82</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38 [108]

<sup>83</sup> En este punto, el Tribunal Supremo parece respaldar la interpretación del *High Court* en *Carpatky Petroleum Corporation v PJSC Uknafta* [2020] EWHC 769 (Comm). Este caso concernía el reconocimiento y ejecución de un laudo adoptado en Suecia cuya nulidad alegaba el ejecutado al considerar que, siendo aplicable al convenio de arbitraje el derecho ucraniano, el convenio de arbitraje era nulo. Estimando de la elección de Suecia como sede se podía inferir una voluntad de las partes de que fuera la Ley Sueca la que rigiera aspectos tales como el alcance de la elección de las partes o la validez del acuerdo de arbitraje, el *High Court* concluyó que, al elegir Suecia como sede del arbitraje, las partes querían que se aplicara a su arbitraje el artículo 48 de la Ley Sueca de Arbitraje. Esto suponía que, no existiendo elección expresa de *lex arbitri*, se debería aplicar al convenio de arbitraje la *lex locus arbitri*, es decir, la ley sueca.

<sup>84</sup> Esto ocurre, por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley Escocesa de Arbitraje o en el artículo 48 de la Ley Sueca de Arbitraje. Ver: R. NAZZINI, *The law applicable...* op. cit. p. 685-686 y A. REDFERN, *Redfern & Hunter: Law...* op. cit. párrafos 3.25-3.36.

<sup>85</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38 [70] – [72].

<sup>86</sup> *ibidem* [120].

<sup>87</sup> “In these circumstances, it cannot be said that the parties have in the construction contract expressly selected a system of law to govern the validity and interpretation of their contractual obligations nor that the terms of the contract construed in their context point ineluctably to the conclusion that the parties intended Russian law to apply. To the contrary, the obvious inference from the fact that the parties have not anywhere in the contract stated what system of law is to govern any of their contractual obligations (...) is that they have not agreed (for whatever reason) on a choice of governing law” (*ibidem* [155]).

glesa la que opere como ley aplicable a la cláusula de arbitraje<sup>88</sup>. En consecuencia, el Tribunal Supremo llega a la misma conclusión que la Corte de Apelación, pero por un camino diferente.

#### 4. Análisis crítico

**60.** La principal incógnita que suscitaba la sentencia de la Corte de Apelación era su aproximación al principio de separabilidad de la cláusula de arbitraje. Lejos de seguir el canon clásico examinado anteriormente que circunscribía su aplicabilidad a casos en que existieran circunstancias que afectaran a la validez sustancial del contrato en que se inserta la cláusula, la Corte de Apelación defendía una separabilidad a los efectos de determinar los elementos que pueden afectar a la validez, eficacia y existencia de la cláusula de arbitraje, siendo uno de ellos su *lex arbitri*<sup>89</sup>.

La principal ventaja que ofrecía esta aproximación es que, debiéndose analizar aisladamente la cláusula con respecto al resto del contrato, la determinación de la *lex arbitri* de una cláusula venía únicamente condicionada por aquellos elementos presentes en la propia cláusula. Esto además suponía que, descartada la interpretación sistemática de la cláusula de arbitraje, la norma de conflicto del *common law* se aplicaba de la misma forma a una cláusula de arbitraje y a un acuerdo de arbitraje.

No obstante, ampliando exageradamente su ámbito de aplicación, la Corte de Apelación distorsionaba el principio de separabilidad, haciéndolo además de manera un tanto arbitraria, ya que defendía que el análisis aislado de la cláusula únicamente debía tener lugar cuando las partes hubieran elegido una *lex contractus* diferente de la ley del lugar elegido como sede. Puestos a ampliar el ámbito de aplicación del principio de separabilidad, ¿por qué no analizar aisladamente la cláusula también cuando las partes no tuvieran su domicilio en el lugar de la sede o cuando la disputa presentará una mayor conexión real con un Estado diferente de aquél en que se ubique la sede del arbitraje?

Por ello, en mi opinión, el Tribunal Supremo acierta al censurar la aplicación realizada por la Corte de Apelación del principio de separabilidad con base en el que denomina *argumento del solapamiento*.

**61.** La consecuencia inmediata de lo que se acaba de analizar es el restablecimiento del criterio de interpretación sistemática de la cláusula y, consiguientemente, de la presunción de que, a falta de indicación en contrario, la elección de *lex contractus* conllevará que esa misma ley se entienda implícitamente elegida por las partes como ley aplicable a la cláusula de arbitraje.

A efectos de la aplicabilidad de la presunción, tanto del fallo de la mayoría de la sala, como del voto particular de Lord Burrows y Lord Sales, se desprende una aclaración importante al considerar que la presunción no se aplicará únicamente en aquellos supuestos en que las partes hayan elegido expresamente la ley aplicable al contrato, sino también en aquellos supuestos en que la elección resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. En consecuencia, existiendo una elección de *lex contractus* conforme al artículo 3 Reglamento Roma I, se aplicará la presunción. No existiendo ésta y debiéndose determinar la ley aplicable al contrato conforme a criterios residuales como los previstos en los artículos 4 o 5 del Reglamento, no se aplicará la presunción y será

*ibidem* [156].

v“[Where there is a different curial law from that applicable to the main contract] the parties have chosen a separate system of law to govern one aspect of their relationship, namely the curial law of the arbitration agreement. The arbitration agreement is treated as separate and severable for the purposes of this choice of curial law, about which the main contract has nothing to say. Why then should it have anything to say about the closely related aspect of the very same arbitration agreement, namely the [*lex arbitri*] (absent express language to that effect as to give rise to an express choice of [*lex arbitri*]? Moreover, questions of the validity, existence and effectiveness of an arbitration agreement are often governed by the [*lex arbitri*], under which they fell to be determined. If the arbitration agreement is properly isolated from the main contract by the doctrine of separability for the purpose of one aspect governed by the [*lex arbitri*], namely its validity, existence and effectiveness, that is a powerful indication that it is to be isolated for the purpose of determining the [*lex arbitri*] more generally. In other words, because parties are to be treated as having contracted on the basis that the main contract and the arbitration clause are separate and distinct agreements for the purposes of the latter’s validity, existence and effectiveness, so they should be taken as having contracted on the same basis in respect of the governing law of the arbitration agreement which determines its validity, existence and effectiveness” (*Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] EWCA Civ 574 [94]).

aplicable a la cláusula de arbitraje la ley que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje, siendo ésta generalmente la *lex locus arbitri*<sup>90</sup>.

Asimismo, el fallo del Tribunal perfila las excepciones a la presunción de manera más nítida que sus antecesores. En primer lugar, el Tribunal reconoce que la presunción no se aplicará en aquellos supuestos en que conforme a la *lex contractus* la cláusula de arbitraje devendría ineficaz, inexistente o inválida. Esto lo hace evitando la aplicación del principio de separabilidad, algo que muchas veces se había sugerido que realizó la Corte de Apelación en el caso *Sul América*. Y, en segundo lugar, el Tribunal admite una excepción no reconocida en los casos en que se había aplicado la doctrina del caso *Sul América*: la posible inaplicación de la *lex contractus* cuando la *lex locus arbitri* prevea una norma de conflicto conforme a la cual, a falta de elección expresa de *lex arbitri*, deba aplicarse a la cláusula de arbitraje la ley del lugar elegido por las partes como sede.

Por tanto, en mi opinión, el fallo del Tribunal Supremo también acierta en el restablecimiento de la interpretación sistemática de la cláusula de arbitraje y en la delimitación de la aplicabilidad de la presunción de que elegida una *lex contractus*, ésta debe entenderse implícitamente elegida como ley aplicable a la cláusula de arbitraje.

62. Por último, a pesar de que el Tribunal Supremo alega que los pasos que fija para el esclarecimiento de la ley aplicable a la cláusula de arbitraje encuentran mejor acomodo en el marco del Arbitraje Comercial Internacional que los previstos en el fallo de la Corte de Apelación<sup>91</sup>, lo cierto es que al amparo tanto del derecho internacional<sup>92</sup>, como del derecho comparado<sup>93</sup>, no resulta exótico considerar como hizo la Corte de Apelación que, a falta de elección expresa de *lex arbitri*, debe aplicarse a la cláusula de arbitraje la *lex locus arbitri*, no la ley elegida para el contrato.

## V. Conclusiones

63. Las normas de conflicto del *common law* disponen que la determinación de la ley aplicable a un convenio de arbitraje habrá de determinarse en tres fases: en primer lugar, se atenderá a la elección

<sup>90</sup> En este punto, como se ha referido anteriormente, estriba una de las diferencias entre la postura mantenida por el voto particular y el fallo mayoritario. Mientras el primero sostiene que sí existía una elección del derecho ruso en los términos del artículo 3 del Reglamento Roma I, el segundo considera que no, debiéndose determinar la ley aplicable al contrato conforme a lo previsto en el artículo 4.

<sup>91</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38 [55] – [58] y [125] – [141].

<sup>92</sup> El artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York prevé que el reconocimiento y ejecución del laudo se podrá denegar cuando el convenio de arbitraje “no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado [el laudo]”. Esta disposición se considera una norma de conflicto que determinar que, a falta de elección – que la doctrina anglosajona entiende que no solamente puede ser expresa, sino también implícita - de *lex arbitri*, se entenderá que la ley aplicable al convenio de arbitraje será la *lex locus arbitri*. En este sentido, algo más completa es la norma de conflicto prevista en el artículo VI(2) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 que, junto a las normas referidas en el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, añade una tercera norma para los casos en que no se pudiera determinar la sede del arbitraje, debiéndose entonces aplicar por la autoridad judicial encargada de decidir sobre la validez del convenio de arbitraje la ley que determinen sus normas de conflicto

<sup>93</sup> Como ya se ha indicado anteriormente, por ejemplo, de manera análoga al artículo 6 de la Ley Escocesa de Arbitraje, el artículo 48 de la Ley Sueca de Arbitraje prevé que, a falta de designación expresa de una ley aplicable al convenio de arbitraje, se aplicará la ley del lugar dónde el arbitraje haya tenido o deba tener lugar. Por ello, no sorprende que en *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v AI Trade Finance Inc* Högsta Domstolens (No 1881-99, 27/10/2000) – un caso concerniente a una impugnación de un laudo dictado en Estocolmo a raíz de una cláusula de arbitraje en dicha ciudad prevista en un contrato sometido expresamente al derecho austriaco - el Tribunal Supremo Sueco dictaminará que, a falta de elección de *lex arbitri*, la falta de validez de la cláusula de arbitraje se debía determinar de conformidad con el derecho sueco, la *lex locus arbitri*. En similar sentido, se pronunció la justicia belga en *Matermaco SA v PPM Cranes Inc* (2000) 25 YBCA 641 al considerar el *Tribunal de l’Enterprise de Bruxelles* que, a pesar de que las partes habían elegido expresamente como *lex contractus* el derecho del Estado de Wisconsin, ante la falta de elección expresa de *lex arbitri*, ésta debía ser la ley belga porque era Bélgica la sede del arbitraje. Por último, otro ejemplo sería el caso suizo, que al igual que el 9(6) de la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje, con el objetivo de maximizar la eficacia del convenio dispone en el artículo 178(2) de su Ley de Derecho Internacional Privado que: “Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse”.

expresa de las partes; no existiendo ésta, a la elección implícita de las partes y, finalmente, no existiendo elección expresa o implícita, a la ley que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje.

**64.** Con el objetivo de facilitar la labor del intérprete en relación con la segunda de las fases, la práctica judicial ha venido a establecer una serie de presunciones que permitirán discernir qué ley es la implícitamente elegida por las partes como *lex arbitri*.

Pudiendo ser tratadas como un todo o como una parte del todo, será en relación con los convenios de arbitraje que toman la forma de cláusula inserta en un contrato dónde mayores problemas se generarán, especialmente en el supuesto habitual de que las partes hayan expresamente elegido un determinado ordenamiento jurídico para que rijan la relación contractual. Así, amparándose en una interpretación sistemática de la cláusula de arbitraje, la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales estableció en el caso *Sul América* que se había de presumir que al elegir expresamente una *lex contractus* las partes habían pretendido que todas las cláusulas del contrato se rigieran por esa misma ley, incluida la cláusula de arbitraje. Por tanto, conforme a esta doctrina, salvo que existieran indicios que apuntaran en otra dirección, la *lex contractus* expresamente elegida por las partes se presumía implícitamente elegida como *lex arbitri*.

Recientemente, la misma Corte de Apelación enmendó esta doctrina en el caso *Enka*. Considerando que de la *lex arbitri* va a depender la validez, eficacia o existencia del acuerdo de arbitraje, la Corte concluyó que a efectos de identificar cuál es la *lex arbitri* era necesario separar la cláusula del resto del contrato. Esto suponía que, dado la estrecha vinculación existente entre la ley de la sede y la ley aplicable al convenio, salvo que existieran motivos extraordinariamente poderosos, la elección de una sede implicaba la elección implícita de su ley como la aplicable al convenio de arbitraje, es decir, se presumiría que la elección de *lex locus arbitri* conllevará su elección implícita como *lex arbitri*.

Considerando exorbitante la aplicación del principio de separabilidad defendida por la Corte de Apelación, menos de 6 meses después de su adopción, el Tribunal Supremo enmendó la decisión de la Corte de Apelación y reestableció la presunción de que, a falta de indicios en sentido contrario, la *lex contractus* elegida por las partes se presumirá implícitamente elegida como ley aplicable a la cláusula de arbitraje.

**65.** En conclusión, en tanto en cuanto el Tribunal Supremo del Reino Unido no cambie de criterio, a la hora de determinar la *lex arbitri* de una cláusula de arbitraje inserta en un contrato, la aplicación de la norma de conflicto del *common law* resultará de la siguiente manera:

- A. Cuando existiera una elección expresa de *lex arbitri* – la cual podrá realizarse en la propia cláusula de arbitraje, en otra cláusula del contrato o derivarse de la combinación de ambas – se aplicará la ley elegida con independencia de que sea o no coincidente con la ley aplicable al contrato en que se inserta la cláusula, o con la ley del lugar designado como sede.
- B. No existiendo elección expresa de *lex arbitri*, se atenderá a la ley implícitamente elegida. Así, existiendo una elección de *lex contractus* en los términos señalados en el artículo 3(1) del Reglamento Roma I, se entenderá que la voluntad implícita de las partes es que esa ley se aplique también a la cláusula de arbitraje. No obstante, no se aplicará esta presunción cuándo:
  1. Conforme a la ley aplicable al contrato la cláusula de arbitraje fuera ineficaz, inexistente o inválida.
  2. Cuando la ley del lugar elegido por las partes como sede del arbitraje prevea que, a falta de designación expresa de *lex arbitri*, se aplicará a la cláusula de arbitraje la ley del lugar designado como sede.
- C. No existiendo elección expresa o implícita, la ley aplicable al acuerdo de arbitraje será la ley que presente una conexión más estrecha y real con el arbitraje, siendo generalmente ésta la ley del lugar designado como sede del arbitraje.

# LA CORTE DI CASSAZIONE RITORNA SUL TEMA DEL RICONOSCIMENTO DEL RIPUDIO ISLAMICO

## THE ITALIAN CORTE DI CASSAZIONE RETURNS ON THE ISSUE OF RECOGNITION OF ISLAMIC REPUDIATIONS

FRANCESCO PESCE

*Professore associato di Diritto internazionale  
Università degli Studi di Genova, Italy*

Recibido: 08.01.2021 / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5970>

**Riassunto:** Con sentenza depositata il 7 agosto 2020, la Corte di cassazione è tornata a confrontarsi con il tema del riconoscimento di un provvedimento straniero di ripudio. Come noto l'istituto, proprio degli ordinamenti giuridici di matrice islamica, è già stato oggetto in passato di particolari attenzioni da parte della giurisprudenza italiana, prevalentemente orientata nel senso di negare l'attribuzione di qualsiasi effetto a causa di un insormontabile conflitto "ontologico" tra i valori sottesi a tale istituto nei Paesi d'origine ed i principi fondanti il cd. ordine pubblico internazionale del foro interno. Il contributo mira a vagliare in senso critico tale posizione, anche alle luce di alcuni isolati segnali di segno opposto, rinvenibili sia in giurisprudenza che nella riflessione dottrinale.

**Parole chiave:** ripudio, riconoscimento di decisioni straniere, ordine pubblico, famiglia, tutela dei diritti fondamentali.

**Abstract:** With its judgment filed on 7 August 2020, the Italian *Corte di cassazione* addressed, once again, the issue of the recognition of a foreign repudiation order. As it is well known, the institution of repudiation, which is traditional within Islamic legal systems, has already been the subject of a specific attention in the past in the Italian case-law, which was mainly oriented towards denying the attribution of any effect because of an insurmountable "ontological" conflict between the values underlying this institution in the countries of origin with the principles underlying the so-called international public order of the domestic forum. The contribution aims to examine this position critically, also moving from some isolated signs of a different view, to be found both in the case-law and in the related literature.

**Keywords:** repudiation, recognition of foreign decisions, public policy, family, protection of human rights.

**Sommario:** I. La Cassazione ritorna sul riconoscimento di un ripudio islamico. II. I precedenti giurisprudenziali e l'orientamento dottrinale prevalente: la tesi del radicale contrasto tra ripudio e ordinamento interno. III. L'emergere di una posizione minoritaria "possibilista" a valle della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. IV. Quali prospettive per il riconoscimento dei ripudi stranieri? Per un "temperamento" della chiusura in chiave multiculturalista.

## I. La Cassazione ritorna sul riconoscimento di un ripudio islamico

1. Con sentenza n. 16804, depositata il 7 agosto 2020, la prima sezione civile della Cassazione è tornata nuovamente sul tema – già affrontato in più occasioni ad opera della giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>1</sup>, nonché oggetto di particolari attenzioni da parte della dottrina internazionalprivatistica e non solo – del riconoscimento, in Italia, degli effetti di un provvedimento straniero di ripudio (*talaq*). Quest'ultimo, come noto, è l'istituto giuridico deputato a realizzare, nel contesto degli ordinamenti giuridici di matrice confessionale islamica, quello stesso scioglimento del vincolo matrimoniale su base volontaria che i sistemi "occidentali", tanto di *civil* quanto di *common law*, ricollegano all'istituto del divorzio. Tuttavia, le analogie tra i due istituti si limitano (quasi) esclusivamente a quest'ultimo profilo, posto che assai differenti sono in linea di massima i presupposti, i requisiti per l'accesso alla domanda, i poteri conferiti alle parti e l'iter procedimentale finalizzato alla pronuncia del provvedimento definitivo di scioglimento dell'unione.

2. Il tema è assai complesso se analizzato in chiave comparatistica: a rigore, non esiste un unico istituto del ripudio rintracciabile, sempre uguale a se stesso, all'interno dei vari ordinamenti che attribuiscono valore precettivo alla *sharia*, ossia alla legge islamica di origine divina. Al contrario vi sono, specie oggi, sensibili differenze tra i connotati che i vari istituti qualificati come *talaq* assumono nel contesto di ciascun Paese, e nella regolamentazioni delle relazioni familiari tale circostanza è quanto mai evidente e macroscopica: ad alcuni ordinamenti ancorati ad una visione – confessionale ma anche giuridica, posto che i due profili procedono per forza di cose parallelamente – tradizionale e quasi del tutto impermeabile ad ogni tipo di evoluzione normativa o anche solo interpretativa, di cui è l'Arabia Saudita è da tempo perfetto rappresentante, fanno da contraltare altri Paesi che, pur senza disconoscere in alcun modo la matrice sciaraitica del proprio diritto interno, hanno conosciuto nel corso degli ultimi decenni una spiccata "occidentalizzazione", tradottasi nell'approvazione di una regolamentazione dei rapporti familiari fondata su principi quali la piena capacità della donna di succedere e di disporre della propria situazione patrimoniale, la pari dignità dei coniugi nel matrimonio e l'equiordinazione dei genitori nei rapporti con i figli: vale per tutti, su questo secondo fronte, l'esempio offerto dalla *Moudawana* (il codice riformato del diritto di famiglia) del Marocco<sup>2</sup>.

3. Cionondimeno, in prima approssimazione si può forse affermare che il denominatore comune delle varie forme che l'istituto del ripudio assume nelle esperienze giuridiche degli ordinamenti di matrice islamica<sup>3</sup> è rappresentato dalla *negazione del principio di parità fra i coniugi* nel contesto del procedimento che conduce al definito scioglimento del vincolo. Quest'ultimo, infatti, presenta in linea di principio carattere unilaterale e non contraddittorio, quanto meno con riferimento alla fase dell'iniziativa: a ciò può far poi seguito, o meno, una qualche forma di contraddittorio eventuale e differito, laddove sia previsto l'intervento di un primo ripudio non definitivo rispetto al quale è ammessa la possibilità di formulare opposizione, entro un determinato termine, da parte della moglie ripudiata<sup>4</sup>. E – si badi – l'istituto del ripudio conserva tali connotati anche laddove ne sia ammessa l'attivazione da parte della donna, alla quale è talora concesso (sulla scorta di uno specifico accordo intercorso in tal senso tra i nubendi/coniugi<sup>5</sup>) di "auto-ripudiarsi"<sup>6</sup> (con o senza l'intervento di un'autorità terza cui presentare

<sup>1</sup> Per un'utile rassegna dei precedenti cfr. O. VANIN, "Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, pp. 1031 ss.; C. CAMPIGLIO, "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 63 ss.

<sup>2</sup> La versione francese del codice marocchino del diritto di famiglia è reperibile online alla pagina <https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/Code%20de%20la%20famille.pdf>.

<sup>3</sup> Si noti che esistono altresì ordinamenti di diritto islamico che hanno radicalmente abolito l'istituto del ripudio: è il caso, ad esempio, della Tunisia.

<sup>4</sup> È tuttavia fondamentale evidenziare come normalmente tale opposizione non possa in alcun modo vanificare il ripudio, bensì incida soltanto sul fronte dell'indennizzo economico riconosciuto alla moglie per lo scioglimento dell'unione.

<sup>5</sup> C. CAMPIGLIO, "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", cit., p. 44, ricorda come il matrimonio, per il diritto islamico classico, sia un vero e proprio contratto, «anzi è uno dei pochi contratti formali previsti da tale diritto».

<sup>6</sup> Si badi che la titolarità del diritto al ripudio rimane comunque formalmente in capo al marito: è per tale ragione che la concessione di tale facoltà alla donna è normalmente oggetto di specifica pattuizione tra le parti.

la domanda), specie qualora non si preveda che il ripudio concorra con altre forme di scioglimento del vincolo matrimoniale attivabili da parte di entrambi i coniugi.

4. Allo stesso modo, a seconda della specifica regolamentazione nazionale volta a volta considerata, si potrà constatare che l'intero procedimento può aver luogo in forma privata e stragiudiziale o che, al contrario, debba invece essere necessariamente procedimentalizzato con l'intervento di un'autorità pubblica, quanto meno in sede di omologazione dell'atto<sup>7</sup>.

5. Venendo al caso di specie qui considerato, la Cassazione è stata chiamata a confrontarsi con un ripudio pronunciato ai sensi del diritto sciaraitico palestinese, incidente su di un vincolo matrimonio celebrato in Palestina nel 1992 tra un uomo ed una donna aventi, entrambi, doppia cittadinanza giordana ed italiana<sup>8</sup>. Più precisamente, anche alla luce delle maggiori informazioni acquisite dalla Suprema Corte, per il tramite del Ministero della Giustizia, in merito alle norme sostanziali e processuali palestinesi applicate nel procedimento considerato, si è constatato che il procedimento che ha condotto allo scioglimento del matrimonio, seppur fondato sull'applicazione dell'istituto del ripudio, si è concluso con l'adozione di un provvedimento formale ad opera di una pubblica autorità avente natura giurisdizionale nel contesto dell'ordinamento palestinese, ossia il Tribunale di Nablus.

6. La Corte d'appello di Roma, adita dalla donna, con propria sentenza del 12 dicembre 2016<sup>9</sup> aveva accolto la domanda di cancellazione della trascrizione del provvedimento (*rectius*, dei provvedimenti<sup>10</sup>) di scioglimento del matrimonio in ragione della violazione del principio del contraddittorio tra le parti, dei diritti di difesa nonché, più in generale, in ragione dell'asserito insanabile contrasto con l'ordine pubblico, con conseguenziale impossibilità di riconoscere in Italia il provvedimento straniero in questione ai sensi della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato n. 218 del 31 maggio 1995, art. 64, lett. *b* e *g*.

7. Con il ricorso per Cassazione da cui la pronuncia in esame trae origine, il marito ha dunque impugnato tale determinazione della Corte d'appello, lamentando (*i*) l'omessa indagine relativa alla sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della sentenza straniera e l'omesso accertamento circa il contenuto della legge straniera applicabile, relativamente tanto all'asserito contrasto con l'ordine pubblico del foro, quanto all'asserita violazione dei diritti di difesa della moglie; (*ii*) la violazione e falsa applicazione della stessa normativa straniera, sostanziale e processuale, che aveva assunto rilievo nel contesto del procedimento svoltosi nel Paese d'origine. Ad avviso del ricorrente, tali circostanze avrebbero determinato il contrasto con gli artt. 14, 64 lett. *b* e *g*, nonché 67 della legge 218/1995, rispettivamente dedicati a chiarire che l'accertamento della legge straniera deve essere compiuto d'ufficio da parte del giudice italiano<sup>11</sup>, ad individuare alcuni dei motivi ostativi che possono legittimare il diniego di riconoscimento di una sentenza straniera e, infine, a fissare il procedimento giurisdizionale interno da attivarsi affinché sia per l'appunto accertato in via principale se il provvedimento straniero soddisfa, o meno, i requisiti per il riconoscimento in Italia.

8. Va premesso che non è agevole dedurre, dalla sentenza, la reale portata della doglianza riportata *sub* (*ii*), posto che non è affatto chiaro in quali termini potrebbe essersi realizzata una violazione e/o falsa applicazione del diritto straniero nel contesto di un giudizio interno che dovrebbe vertere es-

<sup>7</sup> Quest'ultimo è, ancora una volta, il caso del vigente diritto di famiglia marocchino, come codificato all'interno della *Moudawana*. Al suo interno il ripudio tradizionale ha lasciato il posto all'istituto qualificato come "*divorce sous contrôle judiciaire*" (artt. 78 ss.).

<sup>8</sup> Cass. civ., I sez., 7 agosto 2020, n. 16804, in corso di pubblicazione in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*.

<sup>9</sup> App. Roma, 12 dicembre 2016, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2017, p. 347 ss.

<sup>10</sup> Si tratta infatti di due differenti pronunce rese dal Tribunale di Nablus nel luglio del 2012 (non definitiva) e nel successivo mese di novembre (definitiva).

<sup>11</sup> A norma di quanto prevede l'art. 14 della l. 218/1995, compendiato nel noto brocardo "*iura aliena novit curia*".

clusivamente sulla riconoscibilità di un pronuncia resa all'esito di quel giudizio, in ragione degli effetti che essa è in grado di determinare nell'ambito dell'ordinamento richiesto<sup>12</sup>. La decisione, assunta preliminarmente dalla Corte, di esaminare congiuntamente le censure «in quanto connesse», rende tuttavia superflue ulteriori speculazioni a tal riguardo.

9. Le motivazioni in punto di diritto della sentenza appaiono sviluppate secondo un percorso logico non sempre piano e lineare. Dopo aver brevemente richiamato le circostanze di fatto all'origine del provvedimento straniero di ripudio, ed aver sinteticamente tratteggiato gli aspetti salienti dell'istituto per come disciplinato non tanto specificamente dal diritto palestinese applicato nel caso di specie, bensì in termini generali dagli ordinamenti giuridici di matrice confessionale islamica, la sentenza si sofferma sul vigente quadro normativo in tema di riconoscimento di provvedimenti stranieri (extraeuropei), così come tratteggiato dagli artt. 64 ss. della legge 218/1995.

10. L'impressione che si trae dall'analisi della successiva parte motiva è che non sia agevole individuare un preciso percorso argomentativo, a causa di una disordinata giustapposizione di quanti più elementi possibili a sostegno della tesi del diniego di riconoscimento, già sposata dalla Corte d'appello: ad un'ampia rassegna di precedenti giurisprudenziali rispetto ai quali la profonda modificazione del quadro normativo di riferimento in tema di efficacia delle sentenze e degli atti stranieri, avvenuta con la riforma del diritto internazionale privato del 1995, non sembra rivestire particolare significato (la prima pronuncia richiamata risale al 1969, mentre l'ultima è del 2019), si accostano un breve richiamo ai diritti umani incidenti sulle relazioni familiari per come codificati dalla CEDU<sup>13</sup>; le conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia presentate nel contesto di un procedimento che riguardava un divorzio "privato" siriano<sup>14</sup> in relazione all'applicazione di due strumenti normativi dell'Unione non rilevanti nel caso di specie<sup>15</sup>; un approfondimento circa la «legge processuale straniera applicabile» (*sic*; da leggersi forse – anche in considerazione del successivo contenuto – come riferimento al diritto processuale e sostanziale applicato nel caso di specie); e, da ultimo, una succinta digressione di diritto comparato (nel duplice significato di comparazione fra l'istituto del ripudio nei vari ordinamenti islamici nonché di comparazione sull'utilizzo del limite dell'ordine pubblico, in simili contesti, all'interno dei Paesi di area europea, malgrado venga menzionata espressamente solo la Francia) ed una precisazione sui differenti ordinamenti giuridici passibili di trovare applicazione, su base territoriale, nella regione palestinese.

<sup>12</sup> Su quest'ultimo aspetto, cfr. quanto si osserverà più estesamente nei successivi parr.

<sup>13</sup> Il riferimento è anzitutto agli artt. 8 e 12 della Convenzione, rispettivamente dedicati al diritto al rispetto della vita privata e familiare, il primo, ed al diritto al matrimonio, il secondo, anche ed eventualmente letti in combinato disposto con l'art. 14, teso a sancire il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione. Sull'argomento sia consentito il rinvio a F. PESCE, "La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 5 ss. In questa sede merita di essere richiamata anche l'ulteriore previsione in tema di relazioni familiari di cui all'art. 5 del Protocollo n. 7, volto a sancire e tutelare l'eguaglianza tra i coniugi (come ricorda L. TOMASI, "La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu", *Questione giustizia*, n. 2/2019, p. 42, si tratta tuttavia di una norma dal ristretto ambito applicativo e di limitata applicazione giurisprudenziale).

<sup>14</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Saugmandsgaard Øe 14 settembre 2017, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, C-372/16, ECLI:EU:C:2017:686. Si condividono, per inciso, i dubbi sollevati da A. LICASTRO, "La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronuncia del 20 dicembre 2017, C-372/16)", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 13/2018, www.statoechiese.it, pp. 14-15, in merito alla connotazione realmente privatistica del divorzio sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia, atteso che – come nel caso qui in esame – si trattava della pronuncia di un tribunale religioso, equiparato dalla *lex fori* ad una corte statale ed operante, quindi, sostanzialmente quale organo appartenente all'organizzazione giudiziaria di uno Stato eventualmente anche privo di propri giudici competenti nelle controversie di carattere familiare.

<sup>15</sup> Si tratta *in primis* del regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile al divorzio e alla separazione personale (cd. Roma III), *GUUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10; nonché del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (cd. Bruxelles IIbis), *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1.

11. L'insieme delle considerazioni svolte in relazione a tali variegati profili conduce infine la Corte a confermare l'operato della Corte d'appello romana, anche per quanto riguarda il «percorso logico-giuridico» posto alla base della pronuncia, ed a respingere conseguentemente il ricorso, non prima di aver fissato il principio di diritto a tenor del quale «[u]na decisione di ripudio emanata all'estero da una autorità religiosa (...), seppur equiparabile, secondo la legge straniera, ad una sentenza del giudice statale, non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico statale italiano a causa della violazione dei principi giuridici applicabili nel foro, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna; discriminazione di genere) e dell'ordine pubblico processuale (mancanza di parità difensiva e mancanza di un procedimento effettivo svolto nel contraddittorio reale)».

12. La decisione, in generale, ed il principio di diritto enucleato dalla Corte, in termini più specifici, offrono l'occasione per operare diverse considerazioni critiche in ordine all'approccio al problema del riconoscimento dei provvedimenti di ripudio ancor oggi condiviso dalla giurisprudenza di legittimità; o, meglio, da una certa – tradizionale – visione che ciclicamente riemerge al suo interno. Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, infatti, la stessa Sezione prima della Suprema Corte, a distanza di una settimana dalla pronuncia evocata, ha depositato in materia una seconda sentenza, la quale reca considerazioni, ed appare ispirata a principi, in larga misura difformi<sup>16</sup>.

13. Vale la pena di anticipare sin d'ora che, nella decisione sul riconoscimento del ripudio palestinese, ciò che desta maggiori perplessità è rappresentato non tanto dalle conclusioni cui perviene la Corte (ossia l'idea che, nel caso di specie, difettino i presupposti per dare ingresso alla decisione straniera nell'ordinamento interno), quanto dalle argomentazioni in punto di diritto che di tali conclusioni rappresentano il fondamento: qualora si dovesse muovere da esse come imprescindibile riferimento nella gestione di future istanze analoghe, non potrebbe che derivarne un deciso irrigidimento del sistema nel senso della sua chiusura, al punto da rendere *ab origine* impossibile il riconoscimento degli effetti di ogni ripudio, e ciò a prescindere da qualsiasi valutazione delle circostanze di fatto proprie di ciascuna fattispecie. Così facendo – a parere di chi scrive – si arriverebbe a tradire uno degli stessi principi ispiratori della riforma del sistema interno di diritto internazionale privato, ossia quello in virtù del quale il limite ordine pubblico, stante la sua natura derogatoria rispetto ad una generale apertura all'ingresso delle decisioni straniere, deve trovare applicazione in via del tutto eccezionale, e solo a valle di una verifica relativa agli effetti che la singola pronuncia può determinare nell'ordinamento italiano. Le ragioni di tale affermazione saranno più diffusamente esplicitate nel contesto dei paragrafi seguenti.

## II. I precedenti giurisprudenziali e l'orientamento dottrinale prevalente: la tesi del radicale contrasto tra ripudio e ordinamento interno

14. La tesi del contrasto ontologico ed insanabile tra l'istituto islamico del *talaq* ed i principi irrinunciabili dell'ordinamento italiano è assai risalente e diffusa nel contesto della pronuncia che si sono confrontate con il tema della trascrizione di un ripudio straniero ai fini dello scioglimento del vincolo matrimoniale.

15. Anche senza voler rimontare alla posizione espressa dalla Corte d'appello di Roma nel 1948, spesso richiamata ma il cui tenore letterale inevitabilmente tradisce l'appartenenza ad una sensibilità giuridica – impregnata da innegabili pregiudizi – che oramai risulta ampiamente superata<sup>17</sup>, gli stessi

<sup>16</sup> Si tratta di Cass. civ., I sez., ordinanza 14 agosto 2020, n. 17170, in corso di pubblicazione in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*.

<sup>17</sup> In base ad essa, infatti, il ripudio «ripugna alla mentalità morale e giuridica dei popoli che hanno raggiunto un maggior grado di civiltà e che del matrimonio hanno un concetto etico e sociale ben più elevato di quello che ne hanno i popoli orientali» (App. Roma, 29 ottobre 1948, in *Foro padano*, 1949, I, cc. 348 ss.).

precedenti richiamati dalla prima Sezione della Cassazione nella sua pronuncia qui in esame appaiono orientati, *mutatis mutandis*, nel senso di affermare un conflitto radicale tra provvedimenti di ripudio e principi fondamentali dell'ordinamento italiano, tale da precludere altresì ogni possibilità di riconoscere effetti giuridici ad un provvedimento di tal sorta già legittimamente pronunciato all'estero in base alla pertinente normativa applicabile.

**16.** Rispetto a tale orientamento – che potrebbe definirsi consolidato, a voler considerare tanto le pronunce di merito quanto quelle, in realtà esigue<sup>18</sup>, di legittimità –, non paiono aver significativamente inciso né la stessa introduzione dell'istituto del divorzio nell'ordinamento interno, avvenuta con legge 1° dicembre 1970, n. 898, né la riforma del sistema di diritto internazionale privato di cui alla già richiamata legge 31 maggio 1995, n. 218.

**17.** Invero, sul primo fronte, non desta stupore il fatto la mera introduzione dell'istituto del divorzio nel diritto italiano di famiglia non abbia in alcun modo portato con sé una maggiore permeabilità del nostro ordinamento rispetto agli effetti dei ripudi verificatisi nell'ambito di Paesi terzi: non solo si era già osservato in precedenza, nella giurisprudenza interna<sup>19</sup>, come l'avvenuta ratifica della convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 non consentisse di ritenere le pronunce straniere di divorzio come di per sé confliggenti con l'ordine pubblico, qualora ne venisse domandato il riconoscimento in Italia<sup>20</sup>, ma la stessa legge del 1970 si caratterizzava per il fatto di ammettere lo scioglimento del vincolo coniugale esclusivamente al ricorrere di taluni presupposti individuati in via tassativa<sup>21</sup>, sicché la sua entrata in vigore non avrebbe potuto incidere sulla riconoscibilità di provvedimenti volti a sancire tale scioglimento al ricorrere di circostanze radicalmente difformi, come nel caso di una decisione unilaterale e potestativa di ripudio.

**18.** Venendo al secondo profilo evocato, è agevole rilevare come le argomentazioni addotte in giurisprudenza al fine di impedire ai ripudi islamici di esprimere i propri effetti in Italia siano rimaste – con la sola esclusione di qualche opinione isolata<sup>22</sup> – pressoché immutate anche a seguito della profonda riforma del sistema di diritto internazionale privato introdotta con la legge 218/1995. Per quanto qui di interesse, tale circostanza desta qualche perplessità non già per il fatto che le corti interne abbiano omesso di adeguare la proprie osservazioni ad un quadro normativo che, sul punto, non era stato interessato da mutamenti radicali<sup>23</sup>; quanto, semmai, per aver (quasi) graniticamente seguitato a condividere considerazioni in tema di riconoscimento dei provvedimenti stranieri che già prima della riforma apparivano superate. Vale infatti la pena di ricordare che, relativamente alla valenza che l'ordine pubblico assume quale limite all'ingresso di provvedimenti stranieri, la legge 218/1995<sup>24</sup> si è limitata a meglio esplicitare un elemento che, secondo l'opinione del tutto prevalente in dottrina<sup>25</sup>, già avrebbe dovuto fungere da guida nell'interpretazione dell'art. 797 c.p.c. sino ad allora vigente, dedicato ad indi-

<sup>18</sup> Oltre alle due sentenze del 2020 già citate, il riferimento è a Cass. civ., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1970, pp. 868 ss.

<sup>19</sup> V. in particolare Cass. civ., 5 dicembre 1969, n. 3881, cit.

<sup>20</sup> Si tratta della Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 sui conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di divorzio e di separazione personale, resa esecutiva con l. 7 settembre 1905, n. 523. In base ad essa, «[l]e divorce et la séparation de corps, prononcés par un tribunal compétent aux termes de l'article 5, seront reconnus partout, sous la condition que les clauses de la présente Convention aient été observées et que, dans le cas où la décision aurait été rendue par défaut, le défendeur ait été cité conformément aux dispositions spéciales exigées par sa loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers» (art. 7, par. 1).

<sup>21</sup> Cfr. l. 898/1970, art. 3.

<sup>22</sup> Si veda ad es. G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, ESI, 2019, p. 141 ss.; O. VANIN, “Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano”, cit., spec. p. 1036; C. CAMPIGLIO, “Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato”, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA, *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, spec. pp. 270 ss.

<sup>23</sup> Cfr. N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996, spec. p. 154.

<sup>24</sup> Il riferimento è, in particolare, agli artt. 64 e 65.

<sup>25</sup> Cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. I. Parte generale e obbligazioni*, Milano, UTET Giuridica, 2020<sup>9</sup>, p. 394; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 154; ma in tal senso cfr. già, tra gli altri, E. VITTA, *Diritto internazionale privato. I*, Torino, UTET, 1972, pp. 406-407.

viduare le «condizioni per la dichiarazione di efficacia» della sentenza nel quadro del procedimento di delibazione: lo scrutinio di compatibilità non deve operarsi con riguardo alla legge straniera applicata nel giudizio, o con riguardo ai principi giuridici ed ai valori considerati come fondamentali nell'ambito dell'ordinamento *a quo*, ma – ed esclusivamente – avendo a riferimento *gli effetti* che il provvedimento straniero, se riconosciuto, è in grado di determinare nell'ordinamento richiesto.

**19.** Come emerge con evidenza anche dagli stessi precedenti richiamati dalla Suprema Corte nella motivazione della sentenza del 7 agosto 2020 qui in esame, il tema del riconoscimento di provvedimenti stranieri di scioglimento del matrimonio, in generale, e di ripudio, in particolare, è stato quasi costantemente approcciato in termini diametralmente opposti, sia prima che dopo l'entrata in vigore della legge 218/1995. Così, se già nel 1969, in occasione della sua unica pronuncia intervenuta sul tema del *talaq*, la Cassazione aveva ritenuto legittimo elevare il limite dell'ordine pubblico, innanzi ad un ripudio dichiarato in Iran<sup>26</sup>, non tanto a valle di una valutazione inerente agli effetti che da tale provvedimento potevano derivare all'interno dell'ordinamento italiano, quanto a causa della discriminazione, asseritamente decisiva perché contraria a quell'«uguaglianza morale e giuridica» proclamata dall'art. 29 Cost.<sup>27</sup>, tra le posizioni dei due coniugi, ancora nel 2006 la Corte d'appello di Torino<sup>28</sup>, nel richiamarsi incautamente ad un orientamento della giurisprudenza di legittimità non soltanto precedente alla riforma del 1995, ma anche già criticato in dottrina con riguardo al contesto normativo di riferimento<sup>29</sup>, ha esplicitamente proceduto ad un giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico dell'*istituto del ripudio* di diritto islamico: e ciò per il fatto che esso non muove da alcuna delle cause di scioglimento del matrimonio previste dalla legge 898/1970; contrasta con i principi di parità ed uguaglianza tra uomo e donna e con il divieto di discrimi-

<sup>26</sup> Cass. civ., 5 dicembre 1969, n. 3881, cit. Non si era invece posta particolare attenzione sul tema del rispetto dei diritti di difesa della moglie: aspetto che, al contrario, potrebbe ancora oggi risultare dirimente nel vigore della legge 218/1995, e precisamente secondo quanto prescritto dall'art. 64, lett. *b* e *c*. Secondo quanto può ricavarsi dalla pronuncia, la moglie non aveva partecipato in alcun modo al procedimento che aveva condotto al ripudio, senza però che ne emergano ulteriori dettagli di tutto rilievo: non è dato sapere se la «contumacia» dipendesse da una scelta liberamente operata a valle di una regolare comunicazione relativa al procedimento in corso, né se – fermo restando l'avvio unilaterale dell'*iter* su impulso, e a discrezione, del solo marito – la moglie avesse una qualche possibilità di opporsi *ex post* alla relazione degli effetti del ripudio, prima che il provvedimento divenisse definitivo ed irrevocabile (in modo in qualche misura analogo a quanto previsto per i procedimenti monitori nel diritto processuale interno).

<sup>27</sup> Come si evidenzierà nel prosieguo, non solo si è talora sostenuto, anche nella giurisprudenza di legittimità (v. ad es. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, pp. 362 ss.) che non tutti i principi costituzionali confluiscono all'interno dell'ordine pubblico internazionale (ossia inteso come limite all'ingresso di norme straniere o - come in questo caso - situazioni giuridiche già legittimamente cristallizzate all'estero) ma, in ogni caso, il giudizio di compatibilità con tale principio andrebbe più correttamente riferito alle conseguenze che possono derivare dal riconoscimento del provvedimento, e più specificamente alla circostanza che tali conseguenze siano in grado, o meno, di pregiudicare la posizione e gli interessi del soggetto che dall'applicazione del principio di uguaglianza (nel matrimonio) dovrebbe essere tutelato nel caso di specie.

<sup>28</sup> App. Torino, 9 marzo 2006, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, pp. 156 ss., con nota di A. SINAGRA, «Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano», il quale sposa pienamente le conclusioni cui perviene il collegio e (quasi integralmente) il percorso argomentativo. Si ritiene, al contrario, che siano diverse le criticità rinvenibili nella parte motiva, a partire dalla contestazione relativa all'esercizio della competenza giurisdizionale da parte del foro marocchino *ex art.* 64, lett. *a*, della l. 218/1995, e proseguendo con l'asserita violazione dei diritti essenziali della difesa nel procedimento *a quo* (pur a fronte della mancata comparizione della donna a seguito di una doppia notifica circa l'avvio del procedimento, peraltro contenente la *vocatio in ius*, ed in assenza di qualsiasi verifica in ordine al fatto che il diritto marocchino applicabile conferisse, o meno, alla moglie, laddove costituita, una reale possibilità di contestare le pretese attoree); con l'osservazione per cui la divergenza tra i requisiti d'accesso determinerebbe la non sovrapponibilità tra i due istituti (divorzio e ripudio) neppure ai fini dell'invocazione degli effetti di scioglimento del vincolo coniugale; e, infine, con la distinzione tra i concetti di ordine pubblico, in relazione alla quale cfr. *amplius* la nota seguente.

<sup>29</sup> Il riferimento è a Cass., 13 dicembre 1978, n. 5919, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1979, pp. 648 ss.; Cass., 14 gennaio 1982, n. 228, *ivi*, 1982, pp. 454 ss.; e Cass. 1° marzo 1983, n. 1539, *ivi*, 1983, pp. 502 ss. Si tratta della teoria secondo la quale l'ordine pubblico «interno» verrebbe in rilievo con riguardo alle pronunce rese nei confronti dei cittadini italiani, mentre l'ordine pubblico «internazionale», «risultante dai principi comuni alle Nazioni di civiltà affine», dovrebbe considerarsi unicamente nel caso di pronunciate nei confronti di cittadini entrambi stranieri. Cfr. F. MOSCONI, «Articolo 16», in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 80-81. La corretta distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, d'altra parte, risultava oramai da tempo pacificamente acquisita in dottrina: si vedano, tra i tanti, E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, cit, pp. 377 ss.; R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, Liguori Editore, 1969<sup>9</sup>, pp. 361 ss.; R. AGO, *Teoria generale del diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 1934, pp. 282 ss.

nazione in base al sesso per come codificati dalla Costituzione e dalla CEDU; non include «disposizioni a protezione della prole minore» (e dunque si porrebbe altresì in contrasto con l'art. 30, comma 2, Cost.); e persino per il fatto che omette qualsiasi regolazione dei rapporti economici fra i coniugi e, così facendo, si porrebbe altresì in frizione sia con l'art. 29 Cost. che con le disposizioni civilistiche in materia di alimenti e mantenimento. Ora, premesso che la corte torinese sembra aver proceduto nell'individuazione *ad abundantiam* di ogni possibile criticità e, nel far ciò, aver incluso nella propria rassegna taluni aspetti che senza alcun dubbio non avrebbero dovuto legittimare l'elevazione del limite dell'ordine pubblico<sup>30</sup>, l'aspetto che in questa sede si ritiene meritevole di maggior attenzione è rappresentato dalla circostanza per cui la Corte si è concentrata, con ogni evidenza, sulla valutazione circa la compatibilità con l'ordine pubblico dell'*istituto in sé*, anziché degli effetti derivanti dal provvedimento con cui si è proceduto ad applicarlo nel caso di specie; per poi concludere, come già anticipato, in termini del tutto negativi.

20. Ebbene, venendo ora alla sentenza n. 16804 del 7 agosto 2020, ne emerge con relativa chiarezza come l'articolato *iter* argomentativo sottenda ancora una volta la medesima concezione secondo la quale il giudice interno, richiesto del riconoscimento di un provvedimento proveniente da un Paese terzo, sarebbe legittimato a compiere un approfondito esame sulla configurazione – non solo processuale<sup>31</sup>, ma anche sostanziale – di tale ordinamento di per sé considerato, al fine di valutarne la conciliabilità con i principi di diritto ritenuti essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento italiano. Solo in tale ottica si può infatti comprendere non soltanto il disordinato *collage* di precedenti posizioni giurisprudenziali richiamate nella parte motiva – alcune delle quali esprimevano visioni opinabili già nel proprio contesto temporale di riferimento<sup>32</sup> – ma anche un tessuto argomentativo da cui tale visione emerge a tratti in modo nitido: nell'evidenziare, ad esempio, la grande varietà di forme che il cd. diritto islamico assume all'interno dei vari ordinamenti fondati sulla *sharia*, la Corte ritiene che le profonde differenze rinvenibili tra i vari Stati con riguardo alle caratteristiche sostanziali degli istituti, agli organi deputati ad intervenire ed agli aspetti procedurali siano «tali da poter orientare diversamente il giudizio di compatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico»<sup>33</sup>. La stessa richiesta di acquisizione, tramite il Ministero della Giustizia<sup>34</sup>, di dettagliata informativa sulla rilevante normativa materiale palestinese dedicata ai rapporti di famiglia nonché, con specifico riferimento ai diritti di difesa e all'integrità del contraddittorio, parimenti al contenuto della disciplina processuale per come essa risulta formulata nell'ordinamento palestinese (anziché, semmai, quale applicata nel caso concreto<sup>35</sup>), sembra ancora una

<sup>30</sup> Si pensi al rilievo per cui il ripudio non presuppone le stesse circostanze di fatto che legittimano lo scioglimento del matrimonio ai sensi della legge 898/1970 (su cui già era intervenuta Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 129 ss., a precisare correttamente come «non possa – di per sé – essere ritenuta contraria all'ordine pubblico italiano una sentenza di scioglimento del matrimonio resa dal giudice straniero fra cittadini italiani facendo applicazione del diritto straniero, per il solo fatto che il matrimonio sia stato sciolto con procedure e per ragioni e situazioni non identiche a quelle contemplate dalla legge italiana»), o a quello della mancata regolazione dei rapporti patrimoniali tra le parti (profilo ben chiarito da Cass., 30 luglio 2012, n. 13556, che molto opportunamente richiama gli esempi delle sentenze non definitive di divorzio e della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario), mentre era semmai il tema della discriminazione tra le parti quello maggiormente idoneo a fondare – in via di principio – la «resistenza» dell'ordinamento interno rispetto all'ingresso del provvedimento di ripudio.

<sup>31</sup> A tal proposito potrebbero infatti valere i due limiti *ex* lett. *b* e *c* dell'art. 64 (e ripresi anche nel contesto dell'art. 65, laddove quest'ultimo richiede il rispetto dei «*diritti essenziali della difesa*»).

<sup>32</sup> Esplicativo, a tal riguardo, è il richiamo alla giurisprudenza inaugurata con la sentenza di Cass. n. 228/1992 e già menzionata *sub* nota 29 per quanto attiene alla minoritaria distinzione tra ordine pubblico «internazionale» ed «interno» ivi formulata; vi si afferma, peraltro, che «l'indagine sulla contrarietà o meno di tale statuizione con l'ordine pubblico italiano (...) implica una valutazione delle ragioni della decisione», aprendo dunque, quantomeno apparentemente, ad un *riesame nel merito* della sentenza resa all'estero di assai dubbia legittimità.

<sup>33</sup> *Sub* par. 2.7 (enfasi aggiunta).

<sup>34</sup> Cfr. Cass. civ., I sez., ordinanza interlocutoria 1° marzo 2019, n. 6161 (reperibile alla pagina <http://www.marinacastellaneta.it/blog/la-corte-di-cassazione-sul-riconoscimento-di-un-divorzio-di-natura-privata-pronunciato-da-unistanza-religiosa-italian-court-of-cassation-on-the-recognition-of-a-private-divorce-obtained-before-a-r.html/attachment/6161>).

<sup>35</sup> Si rinvia a quanto si osserverà più estesamente *infra*, par. IV, per un più ampio esame delle circostanze di fatto a fronte delle quali possa ritenersi soddisfatto quel «rispetto dei diritti della difesa» che viene richiesto sia dall'art. 64 (lett. *b* e *c*) che dall'art. 65 della legge 218/1995, quale requisito ulteriore e distinto rispetto alla mera assenza di contrasto con l'ordine pubblico degli effetti che discendono dal provvedimento straniero in questione.

volta suffragare la generale sensazione che la Suprema Corte abbia fondato il proprio scrutinio di compatibilità con l'ordine pubblico su di un esame relativo alle caratteri propri dell'ordinamento straniero considerato, più che sugli effetti delle decisione di cui si valutava la riconoscibilità.

**21.** Per inciso, nello sviluppo delle argomentazioni della Corte non pare di grande aiuto – ingenerando semmai qualche incertezza – né il frettoloso richiamo alle previsioni della CEDU (e dei suoi protocolli addizionali) specificamente applicabili ai rapporti tra coniugi e, in termini più generali, al divieto di discriminazione – posto che vi si riconosce come, in effetti, la Corte di Strasburgo non abbia avuto ancora modo di affrontare il tema del riconoscimento di un ripudio islamico nell'ottica precipua della tutela dei diritti umani – né il riferimento alla giurisprudenza *Sahyouni* della Corte di giustizia<sup>36</sup>. Quest'ultima, in particolare, è riferibile ad una vicenda assai complessa dal punto di vista delle norme di fonte UE che vengono in rilievo ed al relativo ambito di applicazione poiché, più in dettaglio, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di un regolamento di per sé dedicato ad introdurre norme uniformi sui conflitti di legge in materia di affievolimento e scioglimento del vincolo coniugale, il cui ambito oggettivo di applicazione era stato tuttavia esteso unilateralmente dal legislatore tedesco, al fine di renderlo operativo anche sul fronte del riconoscimento di pronunce straniere (interventute nella medesima materia della separazione o del divorzio). E non solo. Il carattere peculiare ed irripetibile di quel caso – tale da rendere rischioso qualsiasi tentativo di trarne principi mutuabili in altro contesto – è dato altresì dalla circostanza per cui la Corte ha (frettolosamente, come peraltro evidenziato in dottrina<sup>37</sup>) ascrivito il provvedimento in questione alla categoria dei “divorzi privati” e, in quanto tale, ha ritenuto che esso esulasse dall'ambito applicativo dello strumento giuridico considerato. Ora, visto che è la stessa Cassazione, poche pagine più avanti, a chiarire come il caso sottoposto non dovesse affatto classificarsi quale divorzio privato<sup>38</sup>, non è chiaro in quale modo le considerazioni svolte dall'Avvocato generale (poiché ampio spazio è riservato proprio all'opinione espressa, nelle proprie conclusioni, da quest'ultimo) e – peraltro – non integralmente confluite nella pronuncia della Corte, in relazione ad uno strumento che non si applica al riconoscimento dei divorzi stranieri (se non in Germania, a valle di una scelta discrezionale di tale ordinamento, e comunque con alcuni limiti<sup>39</sup>) e che, comunque, contiene previsioni autonome (e da interpretarsi autonomamente rispetto agli ordinamenti nazionali) in tema di restrizioni all'applicazione del diritto straniero richiamato, possano essere utilmente trasposte al caso in esame<sup>40</sup>.

**22.** Tornando, invece, alle riflessioni svolte dalla Suprema Corte con riguardo al riconoscimento delle pronunce straniere in Italia ai sensi della legge 218/1995, ossia al tema qui centrale, va anzitutto

<sup>36</sup> Si tratta, oltre che delle conclusioni dell'Avv. gen. già dettagliate in nota 14, della sentenza della Corte di giustizia 20 dicembre 2017, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, C-372/16, ECLI:EU:C:2017:988; nonché dell'ordinanza della Corte di giustizia 12 maggio 2016, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, C-281/15, ECLI:EU:C:2016:343.

<sup>37</sup> Cfr. A. LICASTRO, “La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronuncia del 20 dicembre 2017, C-372/16)”, cit., spec. pp. 14 ss.

<sup>38</sup> «La compagine strutturale, pur nella sua peculiarità, sembra dunque essere quella di un tribunale religioso avente comunque funzioni giurisdizionali in determinate materie, con la conseguenza che alla decisione non può attribuirsi la natura di mero divorzio privato pronunciato da organi non inseriti nella compagine giurisdizionale» (par. 2.8).

<sup>39</sup> In questo senso si ritiene dubbia la tesi, espressa dall'Avv. gen., secondo cui «non è ammissibile far variare l'interpretazione dell'art. 10 del regolamento n. 1259/2010 a seconda che la causa verta su una domanda di divorzio, caso normale di applicazione di tale regolamento, nel quale sarebbe sufficiente l'esistenza di una discriminazione astratta, oppure sul riconoscimento di una decisione di divorzio, caso di applicazione del medesimo risultante dal diritto tedesco, nel quale sarebbe necessario l'accertamento di una discriminazione concreta». Infatti, fermo restando che l'uniformità interpretativa delle norme di diritto dell'UE può essere garantita dalla Corte di giustizia anche al di là dei limiti rappresentati dal rispettivo ambito di applicazione (ad esempio laddove – come nel caso di specie – una prassi nazionale si consolidi nel senso di estendere unilateralmente l'ambito applicativo di uno strumento di diritto dell'UE: cfr. *ex multis* sentenza della Corte di Giustizia 18 ottobre 2012, *Nolan*, C-583/10, ECLI:EU:C:2012:638, punto 46), vale la pena di evidenziare che, conformemente al § 109 del *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)*, l'ordinamento tedesco risulta provvisto di *propri ed autonomi* motivi ostativi al riconoscimento delle decisioni straniere in materia matrimoniale.

<sup>40</sup> «Se si ritiene che l'impostazione della Corte di giustizia sia applicabile al caso in esame, si può fondatamente dubitare che il ripudio costituisca “provvedimento” ai sensi dell'art. 65 l. cit., giacché rimane un atto di privata volontà, sia pure reso davanti ad un'autorità religiosa locale, che si limita ad autenticarlo» (par. 2.5).

evidenziato che la decisione individua nell'art. 65 la norma tesa a regolare il riconoscimento del provvedimento palestinese di ripudio sottoposto al suo giudizio. Sotto questo profilo, non paiono condivisibili né l'opinione, parimenti espressa dal collegio, per cui risulterebbe «esclusa la generale applicabilità dell'art. 64, poiché il ripudio può non conseguire ad un atto assimilabile ad una sentenza» (è infatti relativamente pacifica, in dottrina, l'alternatività tra i due percorsi a fronte di provvedimenti che ricadano nell'ambito applicativo dell'art. 65, atteso che la portata di quest'ultimo è più ristretta ed interamente compresa all'interno di quella dell'art. 64), né il conseguente riferimento all'art. 65 della legge 218/1995. Vero è, infatti, che quest'ultima norma ha ad oggetto i provvedimenti<sup>41</sup> stranieri «relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità»; ma è altrettanto vero che, in base al suo inequivoco tenore letterale, è altresì necessario che tali provvedimenti provengano *dallo Stato la cui legge è richiamata* dalle pertinenti norme di conflitto dell'ordinamento italiano<sup>42</sup>. E se il primo requisito appare senz'altro soddisfatto nel caso di specie, lo stesso non sembra potersi dire con riguardo al secondo: in base a quanto previsto dall'art. 31 della stessa legge 218/1995, la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda. Ora, poiché all'introduzione del giudizio entrambi i coniugi risultavano possedere doppia cittadinanza giordana ed italiana, e poiché la legge 218/1995 dedica a tale eventualità un'apposita previsione – invero oggetto di critiche sin dalla sua approvazione<sup>43</sup> – a tenor della quale, in caso di cittadinanze plurime all'interno delle quali figurava la cittadinanza italiana, quest'ultima prevale, deve ritenersi che lo Stato la cui legge è richiamata dal diritto internazionale privato italiano sia, per l'appunto, l'Italia<sup>44</sup>. Ne discende che, in questo caso, l'art. 65 non consentirebbe di individuare in un Paese straniero l'ordinamento a partire dal quale garantire il riconoscimento “privilegiato” dei provvedimenti per il tramite delle norme di conflitto.

**23.** È pur vero, tuttavia, che il tema della scelta tra i due percorsi offerti dagli artt. 64 e 65 della legge 218/1995 non assume, in concreto, un rilievo determinante per quanto d'interesse in questa sede, poiché i limiti all'ingresso di provvedimenti stranieri rappresentati dal contrasto con l'ordine pubblico e dalla violazione dei diritti essenziali della difesa risultano comuni ad entrambe le previsioni<sup>45</sup>, sicché analoghe sono le riflessioni che possono svolgersi a tal riguardo.

**24.** Nel contesto della sentenza depositata il 7 agosto 2020 risulta difficile enucleare con precisione i singoli e specifici vizi del provvedimento straniero in ragione dei quali viene condivisa la posizione espressa dalla Corte d'appello, nel senso del rigetto del suo riconoscimento. Ancora una volta, infatti, la Suprema Corte sembra procedere con qualche incertezza: ne è riprova il fatto che l'individuazione, nel caso di specie, di uno, o entrambi, i motivi di rifiuto del riconoscimento a norma dell'art. 65 sembra effettuata tramite la giustapposizione di una serie di considerazioni le quali dovrebbero condurre, tutte assieme, a fugare ogni dubbio circa la correttezza delle conclusioni cui perviene il collegio. Infatti, dopo aver chiarito – come già anticipato – che il provvedimento *de quo* non sembra potersi ascrivere alla categoria dei cd. divorzi privati, la Cassazione individua anzitutto una serie di norme costituzionali

<sup>41</sup> È appena il caso di ricordare che non vi è unanimità, in dottrina, nel ritenere (secondo la tesi accolta, tra gli altri, da S. BARIATTI, *Articolo 65*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., pp. 332-333; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 164) che l'art. 65 si riferisca ad un novero di provvedimenti più ampio rispetto a quello delle sole sentenze: cfr. in particolare P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 483 ss.

<sup>42</sup> Posto che l'art. 65 fa testualmente riferimento allo «Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge» (enfasi aggiunta), deve ritenersi che il richiamo debba intendersi operato all'art. 31 della medesima l. 218/1995 (pure oramai privo di residuo ambito applicativo, poiché da disapplicarsi *in toto* a vantaggio del regolamento n. 1259/2010, che prevale su di esso): cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. I. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 399-400.

<sup>43</sup> Cfr. per tutti A. DAVI, “Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma”, in G. GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 88 ss.

<sup>44</sup> Né si potrebbe pervenire a diversa conclusione anche a voler ritenere applicabile l'art. 8 del regolamento 1259/2010 al posto dell'art. 31 della l. 218/1995 (vd. nota 42), poiché la residenza abituale delle parti (principale tra i criteri di collegamento valorizzati dal regolamento per il caso di mancata *optio legis*) risulta ugualmente localizzata in Italia.

<sup>45</sup> Come condivisibilmente già notava O. VANIN, “Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano”, cit., spec. p. 1036.

e/o internazionali pattizie che, andando ad integrare principi di ordine pubblico internazionale<sup>46</sup>, risulterebbero ostative rispetto al riconoscimento richiesto, atteso che quest'ultimo non potrebbe avvenire se non pregiudicandone irrimediabilmente l'osservanza. Il riferimento all'ordine pubblico processuale rappresenta, poi, l'occasione per un breve passaggio in cui si evidenziano le circostanze di fatto che risulterebbero lesive dei diritti essenziali di difesa della moglie, peraltro rimasta contumace nel contesto del procedimento conclusosi con il ripudio irrevocabile.

**25.** Tuttavia a destare le maggiori perplessità sono forse le considerazioni espresse in chiusura della parte motiva ove, nell'evidente intento di suffragare ulteriormente il giudizio di non riconoscibilità del provvedimento richiesto, non solo si afferma che il mancato accertamento, da parte del tribunale sciaraitico, dell'«effettiva cessazione del rapporto affettivo e di convivenza dei coniugi ovvero della possibilità di una sua composizione e continuazione» risulterebbe lesivo di un principio di ordine pubblico processuale (*sic*) e che, con riferimento all'ordine pubblico sostanziale, l'«istituto del ripudio» di cui al diritto giordano (applicato in Palestina) risulterebbe discriminatorio per la donna, poiché fondato su di una decisione unilaterale e potestativa del solo marito, andando così ad integrare una valutazione sulla riconoscibilità operata assolutamente *ex ante* ed in astratto. In aggiunta a ciò, infatti, la Corte ritiene opportuno fissare un principio di diritto che sembra radicalmente smentire lo spirito cui è ispirato il riconoscimento delle decisioni e, più in generale, dei provvedimenti stranieri in Italia, quantomeno a partire dalla riforma del sistema di diritto internazionale privato del 1995: anche nel caso in cui il ripudio sia sancito attraverso una pronuncia equiparabile ad una sentenza (poiché resa da un'autorità che, seppur non statale, risulta investita di funzioni giurisdizionali effettive ad opera dell'ordinamento considerato), «una decisione di ripudio (...) non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico statale italiano a causa della violazione dei principi giuridici applicabili nel foro, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna; discriminazione di genere) e dell'ordine pubblico processuale (mancanza di parità difensiva e mancanza di un procedimento effettivo svolto nel contraddittorio reale)»<sup>47</sup>.

**26.** Abbandonando, dunque, il richiamo ad ogni possibile violazione dei diritti essenziali della difesa e/o del diritto al contraddittorio quali possibili vizi a sé stanti (in quanto codificati in via autonoma – come si è visto – sia dall'art. 64, lett. *b* e *c*, che dall'art. 65 della legge 218/1995), la Cassazione opta per la fissazione di un principio rigido ed impermeabile a qualsiasi valutazione circa le specificità del singolo provvedimento volta a volta considerato: il ripudio sarebbe di per sé incompatibile con l'ordine pubblico internazionale dell'ordinamento italiano, sotto il duplice profilo indicato. Il corollario che discende da una posizione di tal sorta appare, a questo punto, ineludibile: non v'è ragione per sottoporre a valutazione, caso per caso, i provvedimenti di ripudio legittimamente resi nel contesto di ordinamenti stranieri di matrice islamica, al fine di vagliarne la riconoscibilità in Italia, poiché la radicale incompatibilità dell'istituto con l'ordine pubblico del foro è sancita dalla Cassazione con una valutazione compiuta, *ex ante*, una volta per tutte. È fin scontato evidenziare come una valutazione di tal sorta abbia ad oggetto, inevitabilmente, le (sole) caratteristiche proprie dell'istituto di diritto straniero e del procedimento teso alla sua adozione.

**27.** E va da sé che, sulla scorta delle considerazioni sin qui sinteticamente compendiate, il giudice di legittimità conclude quindi per il rigetto del ricorso avverso la pronuncia della Corte d'appello di Roma e la conseguente conferma della non riconoscibilità del provvedimento palestinese in oggetto. Come si avrà modo di evidenziare più diffusamente nel prosieguo, la scelta del rigetto di cui al dispositivo pare, forse, l'aspetto della sentenza in oggetto che desta le minori perplessità; ma tale conclusione avrebbe potuto essere ugualmente raggiunta attraverso un percorso argomentativo maggiormente fedele ai principi del diritto internazionale privato vigente.

<sup>46</sup> Si tratterebbe, più nel dettaglio, degli artt. 2, 3, 29 e 111 Cost.; degli artt. 6 e 14 CEDU; dell'art. 5 del Protocollo n. 7 alla CEDU; dell'art. 16 della Convenzione ONU del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW).

<sup>47</sup> Enfasi aggiunta.

### III. L'emergere di una posizione minoritaria “possibilista” a valle della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato

28. A completamente di quanto sin qui osservato con particolare riguardo alla sentenza del 7 agosto 2020 resa dalla Prima sezione della Corte di cassazione, si rende tuttavia necessario dar atto della circostanza per cui, anche nel contesto della riflessione dottrinale, le voci a supporto di una generalizzata “chiusura” dell’ordinamento interno rispetto all’ingresso di provvedimenti di ripudio sembrano essere state fino ad oggi maggioritarie.

29. Partendo dall’oggettiva, e profonda, distanza che sussiste fra l’istituto islamico del *talaq* e quello del divorzio oramai rinvenibile all’interno di tutti gli ordinamenti giuridici europei, anche la dottrina più attenta, infatti, ha espresso riserve in ordine alla possibilità che gli effetti di un provvedimento di ripudio possano trovare riconoscimento al di fuori del Paese di origine<sup>48</sup>; ciò, per svariate ragioni inerenti all’insanabile contrasto tra le caratteristiche immanenti all’istituto straniero in questione ed i principi su cui poggia la possibilità di ottenere lo scioglimento del matrimonio per divorzio – in Italia così come negli altri Paesi di *civil e common law*<sup>49</sup> – nonché sugli stessi caratteri propri dell’istituto del ripudio, sovente ritenuti di per sé inaccettabili ed odiosi<sup>50</sup>. Una posizione analoga, peraltro, è rinvenibile anche nel contesto della dottrina<sup>51</sup> e della più recente giurisprudenza<sup>52</sup> di un ordinamento europeo, qual è quello francese, particolarmente sensibile al problema del riconoscimento degli effetti del ripudio, in ragione del rilevante fenomeno migratorio che origina dall’area francofona nordafricana e di cui la Francia è tradizionalmente destinataria<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. R. CLERICI, “La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l’ordine pubblico internazionale”, *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 197 ss., spec. p. 202.

<sup>49</sup> Si sono così valorizzati, volta a volta, il generale divieto di discriminazione in base al sesso, il principio di uguaglianza tra uomo e donna all’interno del matrimonio, i diritti fondamentali della difesa ed il connesso diritto al contraddittorio, ecc. Con più specifico riguardo all’ordinamento italiano, si sono talora evidenziate ulteriori criticità inerenti alla specifica configurazione del divorzio nell’ambito della legge 898/1970: su tutte, vale la pena di ricordare la tesi per cui rientrerebbe all’interno del nostro ordine pubblico internazionale il divieto di scioglimento del matrimonio ad iniziativa libera ed immotivata di un coniuge o, più in generale, in assenza di un previo accertamento circa l’impossibilità di mantenere o ricostituire la «comunione materiale e spirituale tra i coniugi», rinvenibile sia in dottrina (si vedano ad es. le osservazioni svolte – seppur indirettamente poiché non riferite alla dimensione internazionalprivatistica del divorzio – da C. IRTI, “Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, spec. pp. 677 ss.; F. TOMMASEO, “La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione”, *Famiglia e diritto*, 2015, spec. pp. 1055 ss.) che nella stessa giurisprudenza di legittimità (cfr. per tutte Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, cit.). È appena il caso di evidenziare come una censura di tal ultima sorta non potrebbe essere egualmente mossa ad opera delle corti di quei Paesi che, nel tempo, hanno aderito ad una concezione del matrimonio di stampo maggiormente “contrattualistico” rispetto a quella degli ordinamenti europei di area mediterranea, posto che tale concezione generalmente si accompagna con la facoltà di scioglimento del vincolo coniugale su base meramente consensuale. Peraltro, a seguito dell’introduzione, con il d.l. 132/2014 (convertito in l. 162/2014), dei due nuovi percorsi offerti dalla negoziazione assistita e dall’accordo concluso innanzi all’ufficiale di stato civile, non sembra irragionevole sostenere che, anche in Italia, i tradizionali requisiti soggettivi rappresentati dalla cessazione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi, prescritti affinché possa essere pronunciato lo scioglimento del vincolo matrimoniale, stiano rapidamente perdendo ogni significato residuo. (*contra* P. VIRGADAMO, “Ripudio islamico e contrarietà all’ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2017, p. 362, nota 43). È stato altresì osservato come il sempre più agevole riconoscimento di sentenze estere per mutuo consenso possa spingere in direzione del riconoscimento di ripudi con donna consenziente: cfr. S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, “Droit musulman de la famille et des successions en Suisse”, *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 519.

<sup>50</sup> Come già evidenziato, un giudizio di questo tipo tende a discendere da uno scrutinio operato essenzialmente *in astratto*. Si tratta della posizione sposata, ad es., da M.-L. NIBOYET, “Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes”, *Revue internationale de droit comparé*, 2006, pp. 27 ss., che infatti segnala i rischi che a suo avviso discendono dallo spingere «jusqu’à l’absurde le principe de l’appréciation *in concreto*» al posto di quella «portée sur le contenu de la loi étrangère» (p. 32).

<sup>51</sup> Cfr., tra gli altri, M.-E. ANCEL, “The New Policy of the *Cour de Cassation* Regarding Islamic Repudiations. A Comment on Five Decisions Dated 17 feb. 2004”, *Yearbook of Private International Law*, 2005, pp. 261 ss.

<sup>52</sup> Il *revirement* della giurisprudenza francese viene normalmente ricondotto alle pronunce della *Cour de cassation* del 17 febbraio 2004, in *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 423 ss., con nota di P. HAMMJE. Nello stesso senso cfr. altresì, successivamente, *Cour de cassation*, 4 novembre 2009, *ivi*, 2010, p. 369 ss., ed il commento di K. ZAHER, “Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains”, *ibidem*, pp. 313 ss.

<sup>53</sup> È stato evidenziato (R. CLERICI, “La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l’ordine pubblico internazio-

**30.** Ed è ancora la stessa chiusura “aprioristica” nei confronti dei provvedimenti stranieri di ripudio a potersi rintracciare, in Italia, anche al di fuori della giurisprudenza e della letteratura già richiamate: anche in ragione del ruolo necessario e preliminare svolto dagli ufficiali di stato civile con riguardo alla trascrizione dei provvedimenti stranieri di scioglimento del vincolo matrimoniale, non può infatti dimenticarsi di evidenziare come all’interno del *Massimario per l’ufficiale di stato civile* predisposto dal Ministero dell’Interno si rinvenga un titolo espressamente dedicato al (riconoscimento di una pronuncia straniera di) ripudio, ove, in modo assai *tranchant*, si afferma che «[i]l procedimento indicato come “atto di ripudio” rappresenta una fattispecie contraria all’ordine pubblico e, in sostanza, in contrasto con la lettera g) dell’art. 64 della legge 218/1995»<sup>54</sup>. Anche in questo caso, la valutazione è dunque condotta in termini squisitamente astratti, attraverso un giudizio che, formulato una volta per tutte, sembra precludere *pro futuro* qualsiasi tentazione di procedere a scrutini individualizzati<sup>55</sup>. Alla luce di simili premesse, appare quasi contraddittoria la successiva precisazione per cui «[p]eraltro, la questione può essere rimessa, da parte di chiunque vi abbia interesse, alla valutazione della competente corte d’appello»: la ragione che ha condotto ad introdurla può, forse, essere individuata proprio in una sottostante volontà di temperare quel radicale giudizio di incompatibilità con l’ordinamento italiano formulato *ex ante*, allo stesso tempo devolvendo ai competenti organi giurisdizionali il delicato compito di valutare se e quando possa essere ammessa la trascrizione di un ripudio.

**31.** Fermo restando che, dunque, la tesi dell’“incompatibilità ontologica” pare ancor oggi (ed anzi *soprattutto* oggi, almeno nell’esperienza francese) raccogliere ampi favori, diffusi in modo trasversale tra la prassi giudiziaria e la riflessione teorica, deve altresì darsi conto di alcune voci di segno differente.

**32.** Come già si è anticipato, prima del più recente *revirement* con cui si sono sostanzialmente chiuse le porte all’ingresso di provvedimenti stranieri di ripudio, già la giurisprudenza francese aveva conosciuto un orientamento di disponibilità al riconoscimento, seppur solo in determinati casi ed a valle di un rigoroso scrutinio circa le specifiche peculiarità di ogni richiesta, nell’ottica di garantire ai cittadini stranieri, residenti in Francia, il riconoscimento dello status libero legittimamente acquisito all’estero<sup>56</sup>; analogamente, è altresì possibile rinvenire, ad esempio, taluni precedenti favorevoli al riconoscimento da parte delle autorità pubbliche svizzere<sup>57</sup> e della giurisprudenza tedesca<sup>58</sup>.

---

le”, cit., p. 203) come tale orientamento sia fortemente avallato da alcuni Autori provenienti da Paesi islamici: cfr. ad es. M.-C. NAJM, “Le sort des répudiations musulmanes dans l’ordre juridique français. Droit et idéologie(s)”, *Droit et cultures*, 2010/1, pp. 209 ss.; A. MEZGHANI, “Quelle tolérance pour les répudiations?”, *Revue internationale de droit comparé*, 2006, pp. 61 ss.; Id., “Le juge français et les institutions du droit musulman”, *Clunet*, 2003, pp. 721 ss. La ragione pare essere di stampo didascalico e pedagogico, risiedendo nell’obiettivo di promuovere, seppur indirettamente, il ricorso a forme differenti di divorzio, al tempo stesso incentivando prassi maggiormente compatibili con la tutela dei diritti fondamentali della donna (in questi termini, con specifico riferimento al caso dei cittadini marocchini, anche M.-L. NIBOYET, “Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes”, cit., pp. 27 ss.). Come si evidenzierà nel prosieguo, l’eventuale e possibile sacrificio di interessi individuali (della donna, a veder riconosciuto il proprio stato libero) in tale prospettiva non pare del tutto convincente.

<sup>54</sup> *Massimario per l’ufficiale di stato civile* (ediz. 2012), sub 11.3.1. (pag. 148).

<sup>55</sup> A maggior riprova di ciò, e per fugare ogni eventuale dubbio, poco più avanti ci si preoccupa di chiarire che è proprio «l’istituto in quanto tale che risulta in contrasto con il nostro ordinamento e con principi inderogabili di ordine pubblico» (*ibidem*).

<sup>56</sup> Cour de Cassation, I<sup>ère</sup> Sect., 3 novembre 1983, *Rhobi*, in *Revue critique de droit international privé*, 1984, pp. 325 ss., con nota di I. FADLALLAH. Ma, più di recente, cfr. ancora Cour de Cassation, I<sup>ère</sup> Sect., 3 luglio 2001, *Douibi*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 704 ss., con nota di L. GANNAGÉ, ed in relazione alla quale cfr. altresì M.-L. NIBOYET, in *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 3378 ss.

<sup>57</sup> Cfr. Dipartimento dell’Interno del Canton Argovia, decisione del 4 maggio 1971, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 69/1973, p. 25. Sul punto v. *amplius* S. ALDEEB, A. BONOMI (eds.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, pp. 207 ss.

<sup>58</sup> Queste ultime, in particolare, sembrano aver valorizzato l’*Inlandsbeziehung* della fattispecie dedotta in giudizio con l’ordinamento del foro (si tratta di un’idea sostanzialmente corrispondente a quella di *ordine pubblico di prossimità*): cfr. ad es. AG Hamburg, 24 gennaio 1985, in *IPRax* 1986, pp. 114 ss., con nota di D. HENRICH. Sul punto v. ancora S. ALDEEB, A. BONOMI (eds.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pp. 190-191.

**33.** L'ordinamento italiano, al contrario, è stato a lungo caratterizzato da una giurisprudenza di merito<sup>59</sup> saldamente allineata, nel senso di una totale chiusura, con il pur isolato orientamento espresso dalla Corte di cassazione nel 1969<sup>60</sup>, ossia laddove quest'ultima aveva avuto modo di confrontarsi direttamente con lo specifico tema dell'attribuzione di effetti nel foro ad un ripudio pronunciato in un Paese terzo. Nondimeno, dopo che l'opportunità di un approccio differente e più elastico al tema era già stato auspicato in dottrina<sup>61</sup>, un rilevante segnale di discontinuità è stato offerto da una sentenza del 2008 con cui la Corte d'appello di Cagliari ha dichiarato l'efficacia di un «provvedimento di divorzio»<sup>62</sup> egiziano e, per l'effetto, ne ha ordinato la trascrizione nei registri di stato civile italiani<sup>63</sup>. La fattispecie dedotta all'attenzione del collegio cagliaritano, invero, presentava alcune peculiarità obiettivamente favorevoli alla riconoscibilità del provvedimento straniero e che meritano di essere evidenziate: se infatti, da un lato, la moglie risultava non aver prestato il proprio consenso (seppur *ex post*, a seguito di notifica, ritualmente avvenuta, del primo *talaq* revocabile) allo scioglimento dell'unione, dall'altro lato era emerso dagli atti come, una volta che (a valle del prescritto periodo di “ritiro legale” – detto *'idda* – teso a verificare l'assenza di una gravidanza in atto) il divorzio era divenuto irrevocabile, non soltanto ella aveva ottenuto la parte residua della propria dote e l'intera compensazione economica prevista dalla legge egiziana per il caso di mancato assenso al ripudio (*mut'ah*, o “indennità di consolazione”), ma era addirittura convolata a nuove nozze; così avvalendosi, in concreto, degli effetti del ripudio. E venendo al giudizio sul riconoscimento di cui è stata investita la Corte d'appello di Cagliari, occorre altresì evidenziare sia il fatto che la controversia aveva avuto origine non dall'opposizione della (ex) moglie, bensì dal rifiuto opposto alla richiesta di trascrizione del divorzio, formulata dall'attore, da parte dell'ufficiale di stato civile; sia la circostanza per cui la donna era stata dichiarata contumace solo dopo esser stata ritualmente invitata a costituirsi in giudizio, con notifica di cui si era verificato il buon fine. A ciò deve poi aggiungersi che, dopo il ripudio, l'uomo aveva trasferito la propria residenza in Italia, acquisito (anche) la cittadinanza italiana ed infine contratto, in Egitto, un nuovo matrimonio, da cui erano nati quattro figli; la donna, al contrario, aveva mantenuto la propria residenza all'estero.

**34.** Si trattava, dunque, di una situazione del tutto particolare in cui è difficile escludere che la Corte, pur formalmente ancorando le proprie motivazioni su di un asserito rispetto del principio del contraddittorio tra le parti e dei diritti fondamentali della difesa, abbia in realtà compiuto anzitutto una valutazione – di ordine estremamente concreto e fattuale – circa gli effetti che nel caso specifico potevano derivare dal riconoscimento (o dal mancato riconoscimento) del *talaq* egiziano. In altri termini, si tratta di una fattispecie a fronte della quale l'attribuzione di effetti nel foro al provvedimento straniero avrebbe determinato un indubbio beneficio al richiedente senza parallelamente arrecare alcun pregiudizio alla posizione della convenuta; e, al contempo, dal rigetto della domanda di riconoscimento sarebbero potuti derivare unicamente conseguenze pregiudizievoli a carico di entrambi gli ex coniugi, i quali non si sarebbero visti riconoscere dall'ordinamento italiano quello stesso status familiare su cui

<sup>59</sup> V. ad es., già in precedenza, Corte d'appello di Milano, 14 dicembre 1965, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, pp. 381 ss.; nonché, successivamente, Corte d'appello di Roma, 9 luglio 1973, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1974, pp. 653 ss.; Corte d'appello di Trieste, 23 ottobre 1980, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, pp. 395 ss.

<sup>60</sup> Cass. civ., 5 dicembre 1969, n. 3881, cit.

<sup>61</sup> Si veda già C. CAMPIGLIO, “Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana”, cit., p. 66: «[d]al momento che il limite dell'ordine pubblico ha la funzione di impedire la produzione in Italia – da parte di norme o sentenze straniere – di “effetti” contrari ai nostri principi fondamentali, il suo intervento dovrebbe essere vagliato caso per caso, e ammesso solo in via eccezionale. La tendenza giurisprudenziale a farlo scattare sistematicamente, ogniqualvolta di discuta di ripudio, ne tradisce la *ratio*».

<sup>62</sup> Così, testualmente, il dispositivo della sentenza. Tuttavia, come emerge chiaramente dalla precedente motivazione, si tratta di un vero e proprio ripudio ottenuto tramite la pronuncia, da parte del marito, della formula tradizionale del *talaq*.

<sup>63</sup> Corte d'appello di Cagliari, 16 maggio 2008, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 647 ss. Per un commento cfr. A. MARIGNANI, “Est-il encore possible de reconnaître des répudiations prononcées à l'étranger? – L'étude comparée de la transposition possible d'une solution italienne à la France”, *Clunet*, 2013, pp. 458 ss., la quale, auspicando che la stessa giurisprudenza francese possa intraprendere un percorso analogo e temperare così le rigide posizioni espresse dalla *Cassation* a partire dal 2004, evidenzia in particolare, circa il possibile rilievo della teoria dell'ordine pubblico di prossimità nel caso di specie, come (a differenza della totalità dei casi sottoposti all'attenzione della *Cour de cassation*) nel procedimento cagliaritano la moglie risultasse non residente nello Stato del foro.

avevano fatto legittimo affidamento in particolar modo nel momento in cui avevano contratto nuove nozze (ciò, malgrado il pregiudizio eventualmente patito dalla donna in tale ipotesi, a onor del vero, non avrebbe comunque potuto rappresentare per lei un ostacolo reale, trattandosi di cittadina straniera residente all'estero). Nondimeno, la Corte cagliaritano opera una valutazione in cui il limite dell'ordine pubblico viene esaminato da un angolo visuale essenzialmente processuale, ed è in tale prospettiva che si evidenzia come la normativa egiziana applicata nel caso di specie, pur discriminando oggettivamente fra le parti in ragione del sesso quanto ai diritti che possono essere fatti valere ai sensi dell'istituto del *talaq* (basti pensare alla moglie è direttamente precluso di farvi ricorso)<sup>64</sup>, preveda che la pronuncia del ripudio debba essere portata a conoscenza della moglie affinché quest'ultima – pur non potendosi parlare di un vero e proprio contraddittorio, seppur differito, poiché la donna non ha alcuna possibilità di opporsi allo scioglimento del vincolo – possa attivarsi al fine di sollecitare un riconciliazione, oppure far valere in sede processuale le proprie ragioni di ordine economico.

**35.** Più che la mancata violazione del principio del contraddittorio e dei diritti essenziali della difesa, o del principio di eguaglianza tra i generi o, ancora, l'idea che la vigenza tra Egitto ed Italia della Convenzione dell'Aja del 1970 possa in qualche modo aver ristretto la portata dell'eccezione di ordine pubblico utilmente opponibile alla domanda di riconoscimento di un provvedimento straniero<sup>65</sup> – come pure sostiene il collegio cagliaritano –, la conclusione cui perviene la Corte d'appello pare sostanzialmente condivisibile proprio in considerazione delle specifiche circostanze del caso concreto, alla luce delle quali si è ragionevolmente ritenuto che il provvedimento straniero, e gli effetti che quest'ultimo, se riconosciuto, sarebbe stato in grado di esprimere nell'ordinamento italiano, non avrebbero potuto arrecare alcun pregiudizio alla situazione del soggetto alla cui tutela l'eventuale diniego avrebbe dovuto essere finalizzato<sup>66</sup>.

**36.** Tale pronuncia sembra dimostrare in modo inequivoco come, conformemente ai già menzionati principi generali desumibili dalla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995, la predisposizione di soluzioni precostituite e fondate su di una valutazione operata squisitamente in astratto – al pari di quanto fatto dalla Cassazione con la recente sentenza n. 16804 del 7 agosto 2020 ed il relativo principio di diritto in tema di ripudio – si riveli *de iure* non conforme al dettato normativo di riferimento, e *de facto* inopportuna poiché, escludendo un'attenta valutazione individualizzata, operata caso per caso in relazione alle specificità del rapporto dedotto in giudizio, potenzialmente pregiudizievole (o, comunque, incapace di garantire qualsiasi concreto vantaggio nei confronti) di quegli stessi interessi che si vorrebbero tutelare.

**37.** Rimandando al successivo paragrafo per una più estesa riflessione a quest'ultimo proposito, preme evidenziare come la stessa Corte di cassazione, con una pronuncia pressoché coeva e provenien-

<sup>64</sup> Non pare convincente, invece, l'osservazione di natura sostanziale relativa all'esistenza di un «uguale diritto (unilaterale)» della donna, che troverebbe espressione nel divorzio cd. *khul*: si tratta di una facoltà ben distinta rispetto a quella rimessa alla disponibilità del marito (basti pensare che, in tal caso, la donna rinuncia a qualsiasi pretesa di ordine economico: cfr. A. MEZGHANI, «Le juge français et les institutions du droit musulman», cit., p. 749). E, in ogni caso, non può ritenersi dirimente una considerazione legata unicamente alla formulazione in termini astratti del diritto straniero.

<sup>65</sup> Il riferimento è alla Convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali, la cui ratifica è stata autorizzata con l. 10 giugno 1985 n. 301, e che è in vigore per l'Italia a decorrere dal 20 aprile 1986. Si veda, in particolare, l'art. 10 dello strumento, a tenor del quale «[c]iascuno Stato contraente può rifiutare il riconoscimento di un divorzio o di una separazione personale se è manifestamente incompatibile con il suo ordine pubblico» (nel testo della traduzione italiana comparsa in *Gazz. Uff.* n. 149 del 26 giugno 1985 – Suppl. ord.): in base ad esso, secondo la Corte d'appello, «il concetto di ordine pubblico deve intendersi ridotto al suo nucleo essenziale, cioè correlato a principi veramente irrinunciabili e fondamentali». Non solo non è del tutto chiaro in che modo il concetto di ordine pubblico così espresso si discosterebbe da quello di cui alle norme di diritto comune codificate nella l. 218/1995, ma occorre altresì rilevare come la Convenzione dedichi altra ed apposita norma (l'art. 8) alla facoltà di diniego del riconoscimento fondata sulla violazione del diritto al contraddittorio e/o dei diritti essenziali della difesa, al pari di quanto prevede l'art. 65 della l. 218/1995.

<sup>66</sup> A tal riguardo cfr. ancora le osservazioni svolte da G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., spec. pp. 152-153.

te dalla medesima Prima sezione (seppur in differente composizione), paia aver svolto considerazioni difficilmente conciliabili con le motivazioni e con il principio di diritto espressi nella sentenza n. 16804.

**38.** Il riferimento è all'ordinanza del 14 agosto 2020<sup>67</sup> con la quale la Suprema Corte ha avuto modo di confrontarsi con un istituto di matrice confessionale islamica proprio dell'ordinamento giuridico iraniano, il divorzio cd. *rojee*, attivabile (unicamente) ad opera del marito ai sensi del codice civile iraniano. Il tema rileva in questa sede perché, nell'apprezzamento dei giudici di legittimità, si tratterebbe di una fattispecie che, «per il suo carattere unilaterale ed arbitrario, non si discosta dall'istituto del ripudio».

**39.** Va anzitutto premesso che, a quanto si apprende dall'ordinanza in questione, lo scioglimento del matrimonio sarebbe stato sancito per mezzo di un provvedimento proveniente dalla Corte Suprema di Teheran ed avente, quindi, indubbia natura giurisdizionale nell'ordinamento d'origine; allo stesso tempo, però, dalla sola lettura dell'ordinanza non è possibile inferire alcune informazioni che risulterebbero di rilievo ai fini di una più compiuta valutazione del giudizio espresso dalla Corte: è ad es. il caso della cittadinanza delle parti, o delle specifiche doglianze avanzate dalla donna e del relativo fondamento alla luce delle specificità del procedimento celebrato all'estero. Nondimeno, emerge con chiarezza come il giudizio italiano sia originato dal ricorso introdotto dalla moglie avverso l'avvenuta trascrizione del divorzio nei registri di stato civile. A seguito dell'accoglimento dell'istanza da parte della Corte d'Appello di Bari, e del conseguente ordine di cancellazione della trascrizione da essa impartito, il marito ha dunque proposto ricorso per Cassazione lamentando, in estrema sintesi, la violazione e falsa applicazione di legge in cui sarebbe incorso il collegio di merito in ragione (i) del mancato scrutinio in ordine agli *effetti* della sentenza trascritta, nonché (ii) della scelta di motivare le proprie conclusioni su di un ragionamento che è parso fondarsi, al contrario, su di un apprezzamento tutto incentrato sulla (mera) lettera della pertinente normativa iraniana, trascurandone peraltro alcuni aspetti essenziali (ad es. in ordine all'interpretazione corrente della stessa, o al concreto svolgimento del giudizio nel caso di specie).

**40.** Ora, al di là di un lessico ed una sintassi a tratti ermetici, l'ordinanza in questione, nell'accogliere il ricorso e disporre il rinvio alla Corte d'appello pugliese in altra composizione, sviluppa taluni passaggi argomentativi che paiono assai lontani da quelli rinvenibili nella sentenza depositata appena sette giorni prima; passaggi che risulta dunque necessario richiamare nell'ottica della presente analisi. Preme in particolare evidenziare come, secondo il collegio, «quando il giudizio di delibazione [*sic*] si incentri sul requisito dell'ordine pubblico, la valutazione che si richiede al giudice deve mantenersi fedelmente aderente al dettato normativo dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. 218/1995, secondo cui il riconoscimento non può avere luogo se le sue disposizioni producono “effetti contrari all'ordine pubblico” e, di conseguenza, *occorre che il giudice, senza estendere la propria cognizione aliunde, valuti “gli ‘effetti’ della decisione nel nostro ordinamento e non la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana, non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto”* (Cass., Sez. I, 18/04/2013, n. 9483)»<sup>68</sup>. Dunque, nel ribadire il pacifico divieto di (esame e) riesame nel merito che connota in generale il procedimento innanzi alla Suprema Corte e, in particolare, quello sul riconoscimento di una pronuncia straniera, la Cassazione pare altresì ritornare ad una posizione più aderente e fedele al dettato della l. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. E che tale sia proprio l'idea da cui muove la sentenza del 14 agosto 2020 emerge, ancor più nitidamente, dal richiamo a quei precedenti in occasione dei quali la stessa Corte aveva evidenziato come il fatto che una pronuncia straniera applichi una disciplina materiale conforme o difforme a norme interne, «benché imperative o inderogabili»<sup>69</sup>, non può di per sé rappresentare un

<sup>67</sup> Si tratta di Cass. civ., I sez., ordinanza 14 agosto 2020, n. 17170, cit.

<sup>68</sup> Punto 7 della motivazione. Enfasi aggiunta.

<sup>69</sup> Si pensi al caso della norma di applicazione necessaria relativa al requisito dell'età per il matrimonio dei cittadini italiani (derivante dal combinato disposto degli artt. 115 e 84 c.c.): in materia, sia consentito il rinvio a F. PESCE, “I *child marriages* tra tutela dei diritti e portabilità degli status”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, in corso di pubblicazione.

ostacolo sufficiente a determinare il rigetto del riconoscimento<sup>70</sup>, posto che, diversamente opinando, «le norme di conflitto<sup>71</sup> sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, (...) rendendo inutili le norme di diritto internazionale privato»<sup>72</sup>. Coerentemente con tali premesse – ma allo stesso tempo arrivando sostanzialmente a smentire se stessa, rispetto a quanto affermato nell'ambito della sentenza depositata sette giorni prima –, la Prima Sezione critica la Corte d'appello di Bari per non aver «fatto mistero di ritenere che, per il fatto, in particolare, di riconoscere una posizione di privilegio del marito rispetto alla moglie, (...) il divorzio iraniano realizzi un modello giuridico inconciliabile con le “regole inderogabili e fondamentali immanenti ai più importanti istituti giuridici nazionali”», sicché «[c]osì ragionando *non solo mostra di far propria una convinzione in materia di ordine pubblico che non trova più riscontro nel diritto vivente, ma quel che più conta mostra di coltivare un'esegesi del limite concretamente operante nel giudizio di delibazione [sic] che non era praticabile (...) neppure prima che la nozione di ordine pubblico fosse oggetto dell'evoluzione in senso estensivo di cui s'è dato sopra conto*»<sup>73</sup>.

41. Come accennato, permangono alcuni aspetti dubbi, anche in punto di diritto, rispetto ai quali la sola lettura dell'ordinanza non risulta dirimente (non è chiaro, ad esempio, se anche nel giudizio di merito sia stato *ab origine* escluso qualsiasi riferimento all'art. 65 della l. 218/1995, oltre all'art. 64; né se la moglie abbia altresì lamentato la violazione delle lett. *b* e/o *c* del medesimo art. 64, in aggiunta alla violazione dell'ordine pubblico *ex* lett. *g*). Ciononostante, e limitatamente a quanto si è evidenziato poc'anzi, la decisione rappresenta senz'altro un modello alternativo rispetto a quello della precedente sentenza n. 16804; modello, dunque, da tener in attenta considerazione onde verificare quali dei due percorsi argomentativi sarà destinato a trovare maggior successo nell'ambito della giurisprudenza a venire.

#### IV. Quali prospettive per il riconoscimento dei ripudi stranieri? Per un “temperamento” della chiusura in chiave multiculturalista

42. Quanto sin qui osservato circa allo stato dell'arte in tema di riconoscimento dei provvedimenti stranieri di ripudio consente di trarre alcune considerazioni conclusive, anche in chiave prospettica: in un contesto storico – qual è quello attuale – caratterizzato come noto da un costante aumento della mobilità internazionale delle persone, il tema della “portabilità” transfrontaliera degli status familiari<sup>74</sup> assume via via un interesse teorico ed un rilievo pratico sempre maggiori.

43. A tal riguardo non può non rilevarsi come, aderendo alla posizione fatta propria dalla Cassazione con la sentenza n. 16804 del 7 agosto 2020 e fondata su di un apprezzamento di tipo astratto, inerente al contenuto sostanziale della norma straniera applicata ed alla posizione processuale rivestita dalle parti, non potrebbe che sostenersi l'idea di un'*incompatibilità ontologica* del ripudio con il nostro ordinamento giuridico; tuttavia, come si è cercato di evidenziare, così facendo si andrebbe ad escludere quell'apprezzamento, richiesto in termini inequivoci dalla vigente disciplina internazionalprivatistica di diritto comune<sup>75</sup>, che attiene agli *effetti* concreti che il provvedimento straniero, se riconosciuto, sarebbe in grado di esprimere nel nostro ordinamento, e che implica necessariamente un esame individualizzato di ciascuna istanza.

<sup>70</sup> In questi termini si era espressa Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

<sup>71</sup> Il riferimento alle sole norme di conflitto non pare, in realtà, del tutto appropriato, posto che si sta trattando di previsioni di diritto processuale civile internazionale relative al riconoscimento delle sentenze straniere, e che il riconoscimento si realizza attraverso la tecnica conflittuale solo nella limitata ipotesi di cui all'art. 65 della l. 218/1995.

<sup>72</sup> Cass., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 214 ss.

<sup>73</sup> Punto 9 della motivazione. Enfasi aggiunte.

<sup>74</sup> Con particolare riguardo alla dimensione intraeuropea del fenomeno, cfr. S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

<sup>75</sup> Cfr. l. 218/1995, art. 64, lett. *g*.

44. In altri termini, la pronuncia sembrerebbe legittimare l'idea di una risposta negativa da opporsi *de plano* ad ogni eventuale domanda di riconoscimento di un ripudio, evitando persino di coinvolgere l'autorità giurisdizionale preposta ad operare il vaglio sulla riconoscibilità di sentenze e provvedimenti stranieri. Vero è che il panorama offerto dagli ordinamenti giuridici di stampo confessionale islamico è assai variegato quanto ai rispettivi poteri riconosciuti ai due coniugi ed al ruolo della moglie nell'ambito del procedimento ma, nondimeno, rimane ferma la discriminazione tra le posizioni delle due parti che l'istituto del ripudio opera per sua stesa natura: rispetto ad essa, anche un'eventuale approvazione *ex post* da parte della donna, seppur genuinamente prestata, non pare sufficiente a garantire un riequilibrio tale da poter qualificare l'istituto in questione come astrattamente conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento interno.

45. Ne discende che, a fronte di una valutazione in ordine alla mera conciliabilità tra i principi giuridici cui risulta ispirato il diritto materiale di famiglia degli ordinamenti interessati, da un lato, e dello Stato italiano, dall'altro lato, la conclusione cui approda la sentenza n. 16804 parrebbe necessitata.

46. E non solo. Se davvero si vuole accedere al postulato dell'assoluta irricognoscibilità del ripudio, ipotizzato dalla pronuncia, occorre altresì considerare che l'istanza di riconoscimento non può che essere rigettata – sempre – ancor prima di pervenire in sede giurisdizionale: è infatti l'ufficiale di stato civile a poter (e dover) negare la trascrizione in prima battuta, ogniquale volta abbia ragione di ipotizzare l'esistenza di un motivo ostativo rispetto ad essa, ivi incluso il contrasto con l'ordine pubblico<sup>76</sup>. E sempre partendo da tali premesse l'eventuale e successiva opposizione a tale rifiuto, da proporsi innanzi alla Corte d'appello competente per territorio conformemente a quanto previsto in via generale dall'art. 67 della l. 218/1995, dovrebbe peraltro ritenersi, inevitabilmente, destinata a condurre ad un esito parimenti negativo.

47. Ora, fermo restando che un'azione giudiziaria di tal sorta non avrebbe ragion d'essere e rappresenterebbe un aggravio in termini economici a fronte del quale non sussisterebbe una reale possibilità di accoglimento, vale la pena evidenziare che l'orientamento giurisprudenziale qui considerato consegnerebbe all'ufficiale di stato civile una direttiva chiara ed inequivoca nel senso del diniego della trascrizione. E se è vero che dal *Massimario per l'ufficiale di stato civile*, predisposto dal Ministero dell'Interno, già emerge nitidamente proprio tale linea guida<sup>77</sup>, si avrà modo di evidenziare come sussistano talune ipotesi concrete a fronte delle quali una valutazione più attenta, ed individualizzata, risulterebbe quanto mai opportuna già in prima battuta, ossia proprio all'interno dell'ufficio proposto alla conservazione dei registri di stato.

48. La valutazione circa gli *effetti* della sentenza straniera che l'art. 64, lett. g, della l. 218/1995 richiede al fine di poter attivare il filtro dell'ordine pubblico, dovrebbe infatti fungere da criterio-guida per tutti coloro che siano chiamati a garantire il riconoscimento della pronuncia in questione, ivi inclusi gli ufficiali di stato civile, laddove si tratti di provvedere alla sua attuazione per il tramite della trascrizione nei pubblici registri. Il divieto di trascrizione, impartito agli ufficiali di stato nell'ambito del *Massimario*, determina al contrario l'obbligo di avviare in ogni caso un procedimento in sede giurisdizionale; e, come già si è avuto modo di evidenziare, muovendo da simili premesse risulta poi difficile comprendere in che modo la competente Corte d'appello potrebbe eventualmente concludere per il riconoscimento di una decisione straniera fondata su di un istituto «che risulta in contrasto con il nostro ordinamento e con principi inderogabili di ordine pubblico»<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Valgono infatti, anche in questa sede, i motivi ostativi al riconoscimento delle sentenze e dei provvedimenti stranieri previsti dagli artt. 64 e 65 della l. 218/1995. È l'ipotesi che si è verificata, ad es., nel caso su cui si è pronunciata la Corte d'appello di Cagliari nel 2008 (cfr. par. precedente).

<sup>77</sup> Cfr. *Massimario*, cit., sub 11.3.1. (pag. 148)

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

**49.** Ebbene, si ritiene che un quadro di tal sorta sia da considerarsi iniquo e non rispondente ad alcun interesse meritevole di tutela: né a quello dell'ordinamento richiesto, nel suo insieme (nella specie, quello italiano), né a quello dei soggetti direttamente coinvolti, ivi inclusa la parte "debole" che attraverso tale reazione di chiusura si intenderebbe proteggere, ossia la donna. È però necessaria una precisazione: tale affermazione è da riferirsi solo ed esclusivamente all'ipotesi di una *chiusura generalizzata ed aprioristica* dell'ordinamento rispetto ad ogni possibile istanza attraverso la quale venga richiesto l'attribuzione di effetti, in Italia, ad un provvedimento straniero con cui si sia sancito lo scioglimento di un vincolo coniugale per ripudio.

**50.** In altri termini, innanzi a (e sempre purché si tratti di) uno stato libero legittimamente acquisito all'estero e, dunque, già consolidatosi all'interno di un altro ordinamento<sup>79</sup>, si intende figurare l'esistenza di particolari circostanze al ricorrere delle quali non vi sarebbe alcuna valida ragione per escludersi il riconoscimento, atteso che o non ne deriverebbe alcun pregiudizio per la donna oppure, addirittura, l'unico pregiudizio figurabile per la posizione di quest'ultima discenderebbe proprio dal diniego del riconoscimento.

**51.** Rientrano nella prima ipotesi, ad esempio, quei casi in cui la donna, avente unicamente la cittadinanza straniera, a seguito del ripudio (incontestato) e dopo aver percepito il conseguente indennizzo economico, abbia mantenuto la propria residenza nel Paese d'origine e qui abbia seguito a condurre la propria vita quale soggetto di stato libero, e senza dar luogo ad alcun tipo di contatto con l'ordinamento italiano. Qualora l'ex marito abbia invece trasferito in Italia la propria residenza e, successivamente, creato qui un nuovo nucleo familiare, si può presumere che dal riconoscimento del ripudio non deriverebbe alcun pregiudizio a carico dell'ex moglie

**52.** La seconda ipotesi, assai più delicata, si può invece ben comprendere pensando al caso della donna ripudiata che abbia trasferito la residenza nel nostro Paese e qui desideri iniziare una nuova vita familiare: il diniego del riconoscimento innanzi ad un'istanza *proveniente dalla stessa donna ripudiata* pare essere un esito "estremo" che risulta difficile da giustificare<sup>80</sup>. Stessa situazione – ed anzi ancor più grave – può verificarsi nel caso di un rapporto matrimoniale all'interno del quale la donna ha patito violenze di natura psicologica e/o fisica e del quale, dunque, ha tutto l'interesse di riconoscersi liberata, senza inutili appesantimenti procedurali.

**53.** È altresì evidente che analoghe considerazioni non valgono a fronte di tutti quei casi in cui la moglie si sia opposta al ripudio o, comunque, intenda opporsi al riconoscimento dello stesso. Ma proprio per tale ragione vale forse la pena di considerare i benefici che potrebbero derivare da un approccio più flessibile e ragionato alla materia in questione, fermo restando il mantenimento di un altro grado di tutela per i diritti fondamentali del soggetto meritevole di protezione, poiché potenzialmente pregiudicato, ossia la donna: si tratterebbe di mitigare la reazione dell'ordinamento, ammettendo il riconoscimento degli effetti del ripudio, in quei soli casi in cui ciò non risulti contrario agli interessi di quest'ultima, o si riveli addirittura rispondente ad essi.

**54.** Una soluzione di questo tipo non sembra contrastare con le previsioni della l. 218/1995 dedicate al riconoscimento delle sentenze straniere. Considerando le due censure che vengono mosse avverso le istanze di riconoscimento di un ripudio, cioè il contrasto con l'ordine pubblico, da un lato, e la violazione dei diritti fondamentali della difesa e dell'integrità del contraddittorio tra le parti, dall'altro, occorre osservare quanto segue.

<sup>79</sup> Cfr. C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", cit., p. 271.

<sup>80</sup> Si tratta, ad es., della situazione esaminata dal Tribunale di Tunisi con sentenza del 27 giugno 2000 e ricordata da L. GANNAGÉ, "Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen", *Revue internationale de droit comparé*, 2006, spec. pp. 114 ss.: nel caso di specie, la richiesta di riconoscimento era stata rigettata.

**55.** Sotto il primo profilo, infatti, si è già evidenziato in più di un'occasione come la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995 abbia esplicitato la necessità di condurre un'accurata valutazione circa gli *effetti* che il provvedimento straniero è passibile di produrre nel contesto dell'ordinamento interno. Ciò – lo si è visto – fa sì che non sia *ab origine* precluso il riconoscimento di una sentenza con cui si dà applicazione ad istituti giuridici che, pure, siano fondati su principi incompatibili con quelli posti alla base dei corrispondenti istituti del diritto materiale italiano. E non solo. Occorre altresì notare che, laddove scelga di aderire all'idea di quella particolare connotazione che il limite in parola assume laddove operi quale ordine pubblico cd. *attenuato*<sup>81</sup>, se ne possono trarre argomenti a favore di un arretramento dello stesso, innanzi a status e rapporti legittimamente già insorti e consolidatosi nell'ambito di un ordinamento straniero; ordinamento con cui i soggetti coinvolti presentano significativi elementi di contatto<sup>82</sup>.

**56.** Non sembra convincente neppure la tesi – che, pure, ciclicamente viene ripresa in giurisprudenza, e che viene prospettata *inter alia* anche dalla sentenza n. 16804 – secondo cui uno specifico ed autonomo profilo di frizione con l'ordine pubblico sarebbe rappresentato dal mancato accertamento, da parte dell'autorità giurisdizionale *a quo*, in ordine all'«effettiva cessazione del rapporto affettivo e di convivenza dei coniugi ovvero della possibilità di una sua composizione o continuazione»<sup>83</sup>. Tali considerazioni, pur identificando un principio che parrebbe essere stato legittimamente ascrivibile alla nozione di ordine pubblico per come rinvenibile in un differente momento storico, si ritengono non più attuali: anche a voler tralasciare le recenti, e rilevanti, riforme intervenute nel diritto materiale di famiglia italiano – che pure sembrerebbero proprio dar conto di un'evoluzione in senso privatistico e, dunque, consensualistico dell'istituto del divorzio<sup>84</sup> –, vale la pena di ricordare come esistano ordinamenti appartenenti al cd. spazio giudiziario europeo nell'ambito dei quali lo scioglimento del vincolo matrimoniale può riposare sulla mera volontà espressa dalle parti, senza alcuna necessità di indagine in ordine al venir meno della “comunione materiale e spirituale” fra i coniugi o alla possibilità di una composizione della crisi<sup>85</sup>. Ebbene, se veramente quello poc'anzi richiamato corrispondesse ad un principio di ordine pubblico internazionale del nostro Paese, esso non potrebbe che essere fatto valere anche nei confronti di decisioni provenienti da Stati membri dell'Unione europea, atteso che il regolamento 2201/2003 (cd. *Bruxelles IIbis*), *sub* art. 22, lett. *a*<sup>86</sup>, introduce proprio l'ipotesi della manifesta contra-

<sup>81</sup> In argomento cfr. D. SINDRES, “Vers la disparition de l'ordre public de proximité?”, *Clunet*, 2012, pp. 887 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 14 ss.

<sup>82</sup> Tanto è vero che, proprio con riguardo alla teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico, nel 2005 l'*Institut de droit international* ha adottato una nota risoluzione per mezzo della quale ha espresso l'avviso che il diniego del riconoscimento di un ripudio possa aver luogo solo nel caso in cui la moglie sia (o sia stata) cittadina dello Stato in cui il riconoscimento è richiesto, o vi sia abitualmente residente al momento dell'istanza. E non solo. Il diniego non potrebbe comunque intervenire qualora la donna abbia acconsentito al ripudio, o sia stata adeguatamente indennizzata in termini pecuniari. V. Résolution - Neuvième Commission - *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, 25 agosto 2005, Rapporteur P. Lagarde, [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005\\_kra\\_02\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_fr.pdf).

<sup>83</sup> Cfr. par. 2.8. della sentenza in parola.

<sup>84</sup> Quanto meno in assenza di figli: si fa riferimento alle nuove possibilità offerte dalla negoziazione assistita e dall'accordo concluso innanzi all'ufficiale di stato civile. Come già si è evidenziato, a tal riguardo l'accordo non è però unanime: cfr. ad es. P. VIRGADAMO, “Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi”, cit., p. 362, nota 43. V'è chi ritiene, al contrario, che tale risultato si fosse già raggiunto con l'introduzione, nel nostro ordinamento, del divorzio su richiesta congiunta dei coniugi: cfr. G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., p. 151; P. PICONE, “L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 393.

<sup>85</sup> Ne è un perfetto esempio l'ordinamento svedese (a tal riguardo si vedano le informazioni messe a disposizione dalla Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale alla pagina [https://beta.e-justice.europa.eu/45/IT/divorce\\_and\\_legal\\_separation?SWEDEN&member=1](https://beta.e-justice.europa.eu/45/IT/divorce_and_legal_separation?SWEDEN&member=1)).

<sup>86</sup> Ma lo stesso discorso vale con riguardo al più recente strumento normativo che è destinato a sostituirlo, ossia il regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, *GUUE* L 178 del 2 luglio 2019, p. 1 (al cui interno l'ordine pubblico, quale limite al riconoscimento di decisioni in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale, viene ripreso dall'art. 38, lett. *a*).

rietà con l'ordine pubblico dello Stato richiesto quale possibile limite al riconoscimento di pronunce rese in altri Paesi membri. E se da un lato non risulta che tale eventualità si sia mai verificata e che, per altro verso, una deroga di tal natura alla libera circolazione intraeuropea delle decisioni potrebbe essere ritenuta conforme con il diritto dell'UE da parte della Corte di giustizia, essa sembra altresì essere stata esclusa in dottrina<sup>87</sup>. Ulteriori conferme a tale conclusione possono essere tratte anzitutto dal già citato *Massimario per l'ufficiale di stato civile*, nel contesto del quale si evidenzia come le sentenze di separazione o divorzio ricadenti nell'ambito applicativo del regolamento Bruxelles IIbis possano essere trascritte in Italia senza che sia necessario produrre copia conforme, essendo al contrario sufficiente la produzione del certificato di cui all'art. 39 del regolamento, compilato sulla base del modello standard di cui all'allegato I<sup>88</sup>: ne discende che è materialmente impossibile, in tal caso, operare qualsiasi tipo di controllo in ordine alle motivazioni su cui la decisione straniera riposa. Milita inoltre in tal senso quella giurisprudenza di merito con cui è stata data diretta applicazione alle norme marocchine ed albanesi che contemplano il divorzio immediato per maltrattamenti<sup>89</sup>.

57. Quanto, poi, al secondo dei profili accennati, ossia quello relativo alla violazione dei diritti fondamentali della difesa e dell'integrità del contraddittorio tra le parti, va osservato che, quand'anche tali diritti appaiano concretamente pregiudicati nel corso del procedimento celebrato nell'ordinamento *a quo* (e tale potrebbe essere stato il caso di cui alla sentenza n. 16804, malgrado essa, così come il principio di diritto enunciato in tale occasione, non paiono diffondersi in merito a questo particolare aspetto, che pure risulta valutato in via autonoma ad opera della Corte d'appello)<sup>90</sup>, considerazioni di ordine teleologico e sistematico sembrerebbero precludere la possibilità che la tutela di un diritto sia perseguita in modo così avulso dalla realtà concreta della singola fattispecie, da poter arrivare al punto di ritorcersi contro lo stesso soggetto che si intenderebbe tutelare, pregiudicandone la posizione. Si tratta di un principio che dovrebbe egualmente ispirare non soltanto l'applicazione del limite dell'ordine pubblico (peraltro eventualmente nella sua connotazione "attenuata" di cui s'è detto poc'anzi), ma anche quella dei motivi ostativi più specificamente inerenti allo svolgimento del procedimento nello Stato d'origine, ossia proprio quelli relativi al rispetto dei diritti all'integrità del contraddittorio e di difesa. Neanche sotto quest'ultimo angolo visuale, infatti, dovrebbero realizzarsi automatismi tali da determinare il rigetto dell'istanza di riconoscimento per il solo fatto che il soggetto controinteressato non è stato messo nelle condizioni di esercitare appieno, ed utilmente, il diritto di resistere alle pretese di chi ha originariamente introdotto il giudizio. E se nel caso del ripudio palestinese, esaminato dalla Suprema Corte, simili considerazioni non sembrano poter condurre a conclusioni diverse da quella del rigetto del ricorso, e dunque del riconoscimento, fatta propria dal collegio (atteso che la donna si è inequivocabilmente opposta alla trascrizione, peraltro avanzando circostanziate censure proprio in ordine alla lesione dei propri diritti di difesa), si possono dare casi rispetto ai quali l'interesse - *in concreto* - della moglie ripudiata sarebbe rappresentato proprio e solo dal riconoscimento dell'atto con cui l'unione coniugale è stata sciolta nel Paese d'origine, pur senza la sua partecipazione attiva. Sulla scorta di tali considerazioni, si ritiene dunque di evidenziare l'irragionevolezza degli esiti che possono derivare dal condurre alle estreme conseguenze le tesi sposate dalla Cassazione nella sentenza n. 16804 e compendiate dal principio di diritto formulato in quella sede: ne discenderebbe infatti l'obbligo, per il giudice italiano, di negare il riconoscimento del ripudio perfino innanzi a fattispecie in cui la donna

<sup>87</sup> Cfr. K. SIEHR, "Article 22", in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Volume IV - Brussels IIbis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2017, p. 294.

<sup>88</sup> *Massimario per l'ufficiale di stato civile* (ediz. 2012), sub 11.2.

<sup>89</sup> Si tratta infatti di scioglimenti immediati ed invocati su base unilaterale: cfr. Trib. Pordenone, 14 settembre 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 181; Trib. Tivoli, 14 novembre 2002, *ivi*, 2003, p. 534.

<sup>90</sup> Tuttavia non pare affatto convincente, a tal riguardo, la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo cui la mera comparizione della moglie innanzi al tribunale sciaraitico farebbe venir meno la violazione dei diritti essenziali della difesa di cui all'art. 64, lett. b della l. 218/1995. Emerge infatti dagli atti che la donna era comparsa innanzi all'organo giurisdizionale al solo fine di vedersi formalmente notificato il provvedimento di ripudio e, soprattutto, senza godere di alcun potere di opposizione al ripudio in modo utile, ossia con una reale possibilità di ottenerne la riconsiderazione.

abbia prestato il proprio consenso<sup>91</sup> o, addirittura, abbia essa stessa sollecitato il ripudio e/o richiesto il suo riconoscimento<sup>92</sup>.

**58.** È appena il caso di ricordare come le osservazioni fin qui svolte con riferimento ai motivi ostativi di cui alle lett. *b*, *c* e *g* dell'art. 64 della l. 218/1995, possono essere egualmente trasposte, *mutatis mutandis*, al caso in cui si discuta dell'applicazione del successivo art. 65 e del relativo riconoscimento "semplificato" per il tramite delle norme di conflitto, posto che tali limiti all'ingresso dei provvedimenti stranieri rappresentano in realtà il nucleo comune ad entrambe le previsioni<sup>93</sup>.

**59.** Preme conclusivamente ribadire, con riguardo alla sentenza della Suprema Corte n. 16804 del 7 agosto 2020, che se da un lato non si ravvisano solidi argomenti per sostenere che, nel caso di specie, si sarebbe dovuto garantire il riconoscimento del *talaq* palestinese, dall'altro lato il percorso argomentativo che conduce a tal esito risulta non soltanto opinabile ma – in ragione della scelta di enunciare un principio di diritto a sua volta non esente da critiche – anche foriero di orientare in un senso eccessivamente rigido ed "aprioristicamente garantista" la futura giurisprudenza relativa agli effetti dei ripudi stranieri.

**60.** La posizione più ragionevole ed attenta ai (reali) interessi dei soggetti coinvolti appare, al contrario, assai prossima a quella curiosamente indicata dalla stessa Sezione Prima della Corte di cassazione, con l'ordinanza depositata a soli sette giorni di distanza da quella sentenza<sup>94</sup>: la reazione dell'ordinamento interno innanzi all'istanza di riconoscimento di un provvedimento straniero, pure ispirato a principi ed adottato in forza di previsioni non compatibili con quelli del foro, non dovrebbe sostanziarsi in una chiusura aprioristica a pregiudiziale. Al contrario, la tutela dei diritti meritevoli di protezione dovrebbe calarsi nella realtà concreta e determinare l'arretramento dei motivi ostativi al riconoscimento a fronte (e solo a fronte) di quelle situazioni in cui il tentativo di tutela, rimanendo eccessivamente ancorato al piano astratto, finirebbe per trasformarsi in un concreto pregiudizio a danno di quegli interessi che si vorrebbero protetti e garantiti<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Ed è proprio ciò che è avvenuto nel caso deciso con sentenza di App. Milano, 17 dicembre 1991, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 109. A tal riguardo vale la pena di ricordare la soluzione adottata dal legislatore belga nel contesto del codice di diritto internazionale privato del 2004 (legge 16 luglio 2004, riprodotta in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 231 ss.): in base all'art. 57 di quest'ultimo, infatti, gli atti di ripudio pronunciati all'estero possono essere eccezionalmente riconosciuti qualora siano stati omologati in sede giurisdizionale nell'ordinamento *a quo* e, al tempo stesso, risultino "deconnessi" (per cittadinanza o residenza dei coniugi) da ordinamenti in cui tali atti sono vietati, e purché *la moglie acconsenta a tale riconoscimento* in modo certo e senza costrizioni. A tal riguardo, malgrado R. CLERICI, "La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale", cit., p. 203, ritenga che non sia affatto agevole giungere ad accertare una inequivocabile volontà della donna in tal senso, occorre pur considerare che vi sono ipotesi – come quella della richiesta espressa di riconoscimento da parte della donna stessa – in cui ciò è senz'altro possibile. Secondo C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", cit., p. 273, le condizioni poste dal legislatore belga finiscono per rendere concretamente improbabile l'ipotesi del riconoscimento.

<sup>92</sup> A tal proposito C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", cit., p. 273, ricorda la condivisibile posizione espressa dal Tribunale supremo spagnolo con pronuncia del 21 aprile 1998: in quella sede l'organo giurisdizionale aveva ritenuto che ragioni di giustizia sostanziale imponessero il riconoscimento, *richiesto dalla donna*, di un ripudio egiziano: «[m]antener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiéndolo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada».

<sup>93</sup> Cfr. O. VANIN, "Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano", cit., spec. p. 1032.

<sup>94</sup> Cass. civ., I sez., ordinanza 14 agosto 2020, n. 17170, cit.

<sup>95</sup> Solo così potrebbe ulteriormente ritenersi garantito il rispetto di quel diritto alla vita privata e familiare che, accolto all'interno dell'art. 8 CEDU, ammette eventuali limitazioni ad opera degli Stati solo a valle di un rigoroso giudizio di bilanciamento: l'innalzamento del limite dell'ordine pubblico dovrebbe essere finalizzato al perseguimento di un interesse collettivo meritevole di tutela e, allo stesso tempo, non implicare un sacrificio intollerabile a carico delle posizioni soggettive individuali.

# PROTECTING DIGITAL PLATFORM USERS BY MEANS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

## LA PROTECCIÓN DE USUARIOS DE PLATAFORMAS DIGITALES POR MEDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ILARIA PRETELLI

*Swiss Institute of Comparative Law*

Recibido: 15.12.2020 / Aceptado: 12.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5971>

**Abstrac:** The present article offers perspectives on the possible adaptation of traditional connecting factors to the digital space. It analyses cases that pit platform users against each other and cases that pit platform users against the digital platform itself. For the first set of cases, reliable guidance is offered by the principle of effectiveness. The enforcement of court decisions in cyberspace is often necessary and also plainly sufficient to render justice. Enhanced protection of weaker parties is advocated, both in tortious (*favor laesi*) and contractual liability (protection of the weaker party), in line with the most recent achievements in human rights due diligence. Protection clauses leading to destination-based labour standards would be a welcome step forward. Protection of users also offers guidance for the shaping of private international law rules governing disputes between users and the platform.

**Keywords:** Connecting factors, Principle of Effectiveness, *Favor Laesi*, Tortious liability, Party autonomy, Consumer contracts, B2B relations, Digital platforms.

**Resumen:** El presente artículo ofrece perspectivas sobre las posibles adaptaciones de los puntos de conexión tradicionales al espacio digital. Proporciona análisis de casos que enfrentan a los usuarios de la plataforma entre sí y casos que enfrentan a los usuarios de la plataforma con la propia plataforma digital. Para el primer conjunto de casos, el principio de eficacia y el de *favor laesi* ofrecen una orientación fiable. La colaboración de plataformas digitales para permitir la ejecución de decisiones judiciales en el ciberespacio se considera necesaria y suficiente para garantizar el acceso efectivo a la justicia. En cuanto al segundo, se aboga por una mayor protección de las partes más débiles, en consonancia con los logros más recientes de debida diligencia en materia de derechos humanos. Las cláusulas de protección que conducen estándares de trabajo basados en el destino representarían un paso adelante positivo.

**Palabras clave:** puntos de conexión, principio de efectividad, *Favor Laesi*, responsabilidad extracontractual, autonomía de las partes, relaciones B2B, plataformas digitales.

**Summary:** I. Introduction. II. Litigation Between Platform Users. 1. The Importance of Effectiveness and the Role of the Place of Enforcement. 2. *Favor Laesi*. A) *Favor Laesi* in Contract Law. B) *Favor Laesi* in Working Services. III. Relations Between a User and a Platform Exercising Decisive Control. 1. When the Platform Exercises Decisive Control. 2. When the Platform Does not Exercise Decisive Control. IV. Some Conclusions.

## I. Introduction

1. When I pronounce the word Future, the first syllable already belongs to the past” a Polish poem reminds us<sup>1</sup>.

2. “This “already past” future is difficult to fully understand, let alone regulate. Digital platforms are often accused of having disruptive effects on many of the world’s human societies and on society as a whole<sup>2</sup>. And since society is almost synonymous with law – because one cannot exist without the other –, digital platforms are also disruptive of the law.

3. The most disruptive effect consists in what has been described as the “functional sovereignty”<sup>3</sup> enjoyed by digital firms. In the first years of the new millennium, nation states were taken by surprise and were unprepared for the task of governing the rise of the tech oligopoly of digital platforms. High courts have been the first to react to the existing legal vacua that have boosted digital platforms into the present monopolies and oligopolies<sup>4</sup>. The CJEU and the Swiss Supreme Courts have tried unilateral ways to challenge the use – and abuse – of freedom of establishment to practise tax avoidance tactics<sup>5</sup>. If it weren’t tragic, it would seem ironic that companies celebrating cyberspace and its absence of borders – *connecting the world* – have happily taken advantage of the territorial scope of application of tax laws.

4. Activities carried out on the web have long benefitted from law-free spaces that are inaccessible to rules with a precise territorial scope. This has caused the well-known inequalities, both vertically and horizontally. Horizontally in terms of competition law infringements<sup>6</sup> and vertically for many reasons including the impoverishment of the welfare state, which is endangering its long-term survival. Adaptation of the present tax rules to the digital economy is only a matter of time<sup>7</sup>. Meanwhile, however, monopolies and oligopolies are already there and are acknowledged as the only possible gatekeepers of their own market<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> “The three oddest words”, by WISLAWA SZYMBORSKA, translated by S. BARANCZAK & C. CAVANAGH. The poem goes on to say “When I pronounce the word Silence, I destroy it./ When I pronounce the word Nothing, I make something no non-being can hold”. The present article maintains the oral text of the presentation given to the University Carlos III in the framework of the Congress “Legal Tech” (Madrid, 16 November 2020).

<sup>2</sup> See T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Legal challenges of artificial intelligence: modelling the disruptive features of emerging technologies and assessing their possible legal impact”, *Uniform Law Review*, June 2019, pp. 302–314; “The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU”, *The Italian Law Journal*, 2017 and “Rules for a Platform Economy: A Case for Harmonisation to Counter “Platform Shopping” in the Digital Economy”, in I. PRETELLI (ed), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms*, Genève / Zurich 2018.

<sup>3</sup> A. MORELLI/O. POLLICINO, “Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace”, *American Journal of Comparative Law*, 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3422946> p. 26, note 66 quoting Pasquale, “From Territorial to Functional Sovereignty: The Case of Amazon”, *Law and Political Economy*, Dec. 6, 2017, <https://lpeblog.org/2017/12/06/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-ofamazon/>

<sup>4</sup> A. TURINA, Which ‘Source Taxation’ for the Digital Economy?, *Intertax*, v. 46, 6/7, 2018, pp. 495 – 519.

<sup>5</sup> See also, on the so called “Danish cases” of the CJEU [CJEU, Joined cases C-116/16 and joined cases C-115/16]: S. BAERENTZEN, “Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?”, *World Tax Journal*, February 2020, pp. 3- 52. On the Swiss case [Swiss Supreme Court, decision 2C\_354/2018 of 20 April 2020] R. DANON, B. MALEK, “Swiss Supreme Court Refers to the CJEU “Danish cases” in Outbound Dividend Case Involving the Swiss-EU Savings Agreement”, *Kluwer International Tax Blog*, July 23, 2020 online at [http://kluwertaxblog.com/2020/07/23/swiss-supreme-court-refers-to-the-cjeu-danish-cases-in-outbound-dividend-case-involving-the-swiss-eu-savings-agreement/#\\_edn5](http://kluwertaxblog.com/2020/07/23/swiss-supreme-court-refers-to-the-cjeu-danish-cases-in-outbound-dividend-case-involving-the-swiss-eu-savings-agreement/#_edn5) (13.12.2020).

<sup>6</sup> L. KHAN, “Amazon’s antitrust paradox”, *The Yale Law Journal*, 2017, 126, 3, pp. 564–907; <https://www.cnn.com/2017/12/19/more-than-75-percent-of-us-online-consumers-shop-on-amazon-most-of-the-time.html>. STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, Final Report, September 2019, p.17, available at <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>.

<sup>7</sup> Two years ago, the OECD/G20 Inclusive Framework approved a “Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”, OECD 2019, acknowledging the need for and promoting significant reforms of the international tax system via the reallocation of taxing rights and the introduction of a global minimum tax.

<sup>8</sup> See for instance, “Digital Services Act package: Ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate-keepers in the European Union’s internal market”, on line at <https://ec.europa.eu/info/law/>

5. Amazon Mechanical Turk (2005), Facebook (opened to the public in 2006), Airbnb (2008), Instagram (2010) and Uber (2011) exert an effective and efficient regulatory control over the terms and conditions for the sale of goods, services and data<sup>9</sup>. The effective power of self-regulation is coupled with that of self-enforcement of the rules. These characteristics create a not inconsiderable difference between a digital platform and a traditional firm, but the former may still only be subject to the legislation drawn up for the latter. The present legal orders, each of which is intended to be sovereign in its own territory, like the Westphalian treaties of 1648, are now increasingly in need of platform collaboration in order to dispense justice. In criminal cases, much of the information necessary for allowing criminal evidence is indisputably out of reach without the collaboration of digital platforms.

6. Trying to access the data stored in a private account, pursuing an offender guilty of deadly revenge porn, or simply trying to implement laws on the protection of privacy or checking if labour standards are being met requires the collaboration of the company which holds and owns the technology that has enabled the wrongful act, the transaction or the service.

7. Against this background, judges and practitioners are left attempting to solve the new legal problems arising in the digital space using private international law rules that were developed in the last two centuries of the previous millennium.

The whole concept of private international law is based on the mechanism of geographical allocation of the problem to be solved. This concept has recently been replaced with that of pursuing universally shared policy goals through private international law. When it is a question of protecting platform users against the platform, the policy goals may differ from those underlying the solving of *quaestiones iuris* generated by the platform between two users.

## II. Litigation Between Platform Users

8. The simplest scenario is that of litigation between platform users who have met as a consequence of being “matched” by a platform’s algorithm.

9. In all cases where the digital platform has only served to “match” supply and demand, private international law rules do not need to be specifically adapted for the purposes of litigation between users, since the human and social relationship takes place in a given territory and will be subject to its rules.

In other words, the fact that Uber, Airbnb or Taskrabbit is based in a different state from the one in which the contract is fulfilled is irrelevant and does not offer a foreign element sufficient to trigger the need for private international law rules and instruments. Litigation between a passenger and an Uber driver or between a guest and an Airbnb host may be deemed not to have a cross-border element. They will be normally subject to the legal order in which the service is provided<sup>10</sup>.

More complex, and more interesting, are the cases of litigation between users who do not meet in the real world.

These cases involve workers on demand, social media users, online video game players, YouTubers, retailers, etc.

---

better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers.

<sup>9</sup> STIGLER REPORT 2019 (note 7), p. 17.

<sup>10</sup> Sullivan v. Oracle Corp., 254 P.3d 237, 247 (Cal. 2011) stating that California labour laws govern work performed in California and that the laws of the states where the platform is based (Arizona and Colorado) could not be referred to to avoid the due payment of overtime work benefitting a California-based employer.

## 1. The Importance of Effectiveness and the Role of the Place of Enforcement

10. One of the first ideas developed to ensure appropriate allocation of a cross-border case was that the entity capable of enforcing its own point of view should impose it<sup>11</sup>.

In the digital space, this principle could justify private enforcement and there are advocates of this simple and liberal solution, especially when it comes to self-regulating systems such as the blockchain<sup>12</sup>. In addition to being a reality and a consequence of a legal vacuum, the power of platforms to impose their own rules has been justified on the grounds that transactions taking place on the platform cannot be anchored to any physical space, especially when automated, as they are in the blockchain or on other platforms which do not play a role of intermediating goods and services.

However, nation states and the European Union are based on constitutional values that represent a major obstacle to this liberal solution.

Classical private international law is therefore still regarded as an unavoidable tool to enable state legislation to be imposed.

11. Drawing on the principle of effectiveness, more flexible criteria have led to the *principe de proximité*, on the assumption that every cross-border dispute should be allocated to the legal order that is closest to it. Although the closest connection may go beyond a geographical location (the place where the service is provided) and extend to cultural and anthropological proximity (the psychological expectations of the parties, their common language, their belonging to the same society), its identification – especially when it takes place *ex post* – often seems artificial, if not arbitrary.

12. As a consequence, neutral methods of allocation have given way to connecting factors based on shared constitutional values. The most pertinent of these in the digital space are the ones that favour weak parties such as consumers or maintenance creditors in the law-selection process. The same is true of civil compensation for victims of cyber-bullying or other criminal acts.

13. Despite the fact that platform-based social relationships do not necessarily take place in a physical space, viable solutions are provided by the arsenal developed in the last century to identify appropriate connecting factors for human relationships resulting from “matches” created by algorithms.

14. The practical implications of digital relationships do not exist in a realm separate from the real world, and do not escape the laws that govern it within the complex architecture of private international law. In civil and commercial matters, EU private international law regulations are easily adaptable to cyberspace, provided that the place of enforcement is correctly understood and identified.

15. Judges and interpreters are applying the existing Rome I, Rome II and Brussels I bis Regulation to human interactions taking place on the web, which were not affected by, for instance, the recent Regulation (EU) 2019/1150 promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

It is possible that the same approach will be followed by the Digital Services Act, despite an effort to impose obligations on companies established outside the EU.

It is still uncertain whether these developments will take account of the existing case law, which is already very rich in lessons to be learned.

---

<sup>11</sup> Originally, F. KAHN, *Gesetzeskollisionen*, Verlag von Duncker & Humblot, München & Leipzig, 1928 (1891), pp. 31-46 had referred to the expression *Näherberechtigung*, the closest competence. The idea was then taken up by M. WOLFF, who speaks in this regard of the search for the greatest proximity (*der größeren Nahe*) and also by W. WENGLER. Traditionally, the principle did not seem to have any significance as regards intangible things that do not have physical existence. Later, a fictitious location even for intangible property was admitted as a kind of analogy. The law of the place of enforcement presents several advantages and, above all, predictability for the creditor (or their assignees) and third parties, in addition to providing effective guarantees to the debtor.

<sup>12</sup> See S. RIVA, “Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) in the Swiss Legal Order”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 21, 2019/2020, pp. 601-638 and the reference therein.

16. We will first examine cases of patent infringement and secondly cases of defamation.

17. The CJEU was confronted with a case opposing an Austrian-based trader – *Wintersteiger* – and a German on-line advertiser<sup>13</sup>.

Using the advertising platform Google.de, a German advertiser had reserved an “adWord” corresponding to the trademark registered in Austria by a company. As a consequence, users of the search engine wanting to buy the Austrian products of *Wintersteiger* were directed to the German retailer thanks to the advertisement appearing at the top of the search results in *Google.de*. The jurisdiction of Austrian courts was difficult to anchor: on the one hand, the damage seemed to be located within the digital search engine *Google.de*; on the other, the search engine was also accessible from Austria. The CJEU recognised Austrian jurisdiction on the grounds that Austria was both the place where the infringed trademark was registered and the place where the event produced its damaging effects. However, the Court held that the defendant could also be sued in Germany, since the *forum damni* ex art. 5-3 EU Regulation 44/2001, i.e. the special forum of the Brussels I system, includes the place of establishment of the user of Google AdWords, the author of the damage.

By contrast, no relevance is given to the fact that “the technical display process by the advertiser is activated, ultimately, on a server belonging to the operator of the search engine used by the advertiser”. The reason is the lack of foreseeability of a connecting factor based on the location of the server<sup>14</sup>. What is “definite and identifiable, both for the applicant and for the defendant”, is the “place of establishment of the advertiser”. That place is both the place to which the connecting factor of (the then) Article 5-3 pointed as the place “where the activation of the display process is decided” and the place of enforcement “likely to facilitate the taking of evidence and the conduct of the proceedings”.

18. A leading Canadian case concerns prohibition of the distribution of products that infringe a company’s intellectual property rights<sup>15</sup>. This is a more delicate case, because the plaintiffs ignored the place of establishment of the company that caused them damage, and, for that reason, court orders could be easily disregarded.

“Despite court orders prohibiting the sale of inventory [the foreign company] continues to carry on its business from an unknown location, selling its impugned product on its websites to customers all over the world”.

This being the case, it was clear that *Google* was the only entity able to enforce the court orders. On the other hand, the search engine’s cooperation and compliance were plainly sufficient to put an end to the copyright infringement.

The most appropriate space where the court order could be, and eventually was, successfully enforced was the Google website, a digital space.

19. What lessons can be learned from these two cases?

<sup>13</sup> See CJEU, 19 April 2012, *Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, [ECLI:EU:C:2012:220].

<sup>14</sup> *Ibid.* pt. 36: “It is true that the technical display process by the advertiser is activated, ultimately, on a server belonging to the operator of the search engine used by the advertiser. However, in view of the objective of foreseeability, which the rules on jurisdiction must pursue, the place of establishment of that server cannot, by reason of its uncertain location, be considered to be the place where the event giving rise to the damage occurred for the purpose of the application of Article 5(3) of Regulation No 44/2001”. Initially, many voices suggested that a possible head of jurisdiction to attract a tech giant operating globally such as Google to appear before a *forum* was the place where its servers were located. However, Google has never disclosed where the servers operating its search engine are, and data can easily be moved from one server to another.

<sup>15</sup> *Google v. Equustek* 2017 SCC 34. The Supreme Court of Canada upheld an order directing Google to block certain websites so that they did not appear in any Google search results anywhere in the world. The respondent justified the new solution by quoting Newbury J. [Mooney v. Orr (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318 (S.C.)], para. 11: “the courts must, *in order to preserve the effectiveness of their judgments*, adapt to new circumstances. Such adaptability has always been, and continues to be, the genius of the common law”. See G. CLARKE, Case Comment Mooney v. ORR, 53 Advocate (Vancouver) 431 (1995). See R. FLEMING, “Google v. Equustek; Jurisdiction over the global internet”, <https://www.irglobal.com/article/google-v-equustek-jurisdiction-over-the-global-internet/>.

The first lesson is that the location of servers is not a viable connecting factor. Although it is often referred to, and has served in certain decisions, as a connecting factor, data can easily be moved from one server to another, making it difficult to actually trace them.

It is important to stress and focus on the circumstance that in both cases the infringement causing an indemnifiable damage could not have been carried out without the use of the Google platform. It is thus of the essence, for purposes of law enforcement, that Google itself be targeted by judicial orders in order to prevent a perpetuation of the infringement<sup>16</sup>.

**20.** This solution can be transposed to defamation cases where it is essential for the judiciary to enforce their decisions in the digital space, where the violation occurs. Many people have died around the globe as a result of cyberbullying and revenge porn. Italy is still mourning the suicide of Tiziana Cantone, 31 years old, who was unable to enforce her right to have *Facebook* and *YouTube* remove a video taken by her former boyfriend.

**21.** Private international rules inspired by the need to protect victims of violations carried out in the digital space cannot be limited to enforcement in the place of residence of the victim. The need to make multiple fora available, as a natural consequence of the principle of *favor laesi*, was already stated by the 2011 *eDate* judgment of the CJEU<sup>17</sup>. In many cases it is not necessary or urgent for the victim to receive compensation at home, whereas it is essential and perhaps sufficient to receive compensation on line.

**22.** De-indexation by Google and/or by the relevant search engine is in fact sufficient to bring these unlawful acts to an end.

## 2. *Favor Laesi*

**23.** The principle of *favor laesi*, already acknowledged by EU private international law, can provide useful guidance on escaping the aterritoriality of cyberspace.

**24.** The first consequence of the principle is that relevance must be given to the place of establishment of the victim claiming damages. Their place of establishment can serve as a connecting factor in torts committed via the digital platform by users. As the case of *Wintersteiger* shows, this result is not incompatible with the rules of Brussels I, nor with those of Brussels I bis.

**25.** A second consequence can lead to the place where the conduct causing the damage occurred. The EU Court of Justice first acknowledged this possibility in the context of the Brussels Convention, but the Rome II Regulation also gives some room to this approach.

As pointed out in *Wintersteiger*, the law of the country in which the action or the omission that triggered the damage “is decided” can provide a more significant connecting factor for torts and afford better protection for the victim.

**26.** A place for this approach is explicitly conceded by Article 7 in the case of environmental damages, but it is implicitly authorised in more general terms and for all torts by Article 4 of the Rome

<sup>16</sup> The EU is considering means to institutionalise the role of certain tech firms as gatekeepers. See, e.g., Regulating digital gatekeepers Background on the future digital markets act, on line at “[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS\\_BRI\(2020\)659397\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS_BRI(2020)659397_EN.pdf).”

<sup>17</sup> See CJEU, 25 October 2011 *eDate Advertising*, [ECLI:EU:C:2011:68], a case concerning a company based in Austria and operating an Internet portal accessible at the address [www.rainbow.at](http://www.rainbow.at). The plaintiffs were seeking compensation for the alleged infringement of personality rights by means of content placed online on an internet site. The CJEU recalled that, as in *Fiona Shevill*, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, compensation for the entire damage suffered by the victim could be brought before the courts of the Member State of the place of establishment of the person who posted that content or before the courts of the Member State in which his centre of interests is situated, whereas the courts of any Member State in the territory of which information placed on the network is or has been accessible could exercise jurisdiction only in respect of the damage occurred in their own legal order.

II Regulation<sup>18</sup>. According to Article 7 of the Rome II Regulation, the law of “the country in which the event giving rise to the damage occurred” applies as an alternative *locus delicti* to the one where the damage occurred.<sup>19</sup> The sole reason for this solution being codified for environmental damages only seems to be connected to the EU institutions' present practice as regards codification of CJEU case law<sup>20</sup>. In other words, since the solution was adopted in 1976 in a case concerning the pollution of the river Rhein, it has become part of the *acquis communautaire* in relation to environmental damages.

Comparative law offers many examples of this twofold interpretation of the *locus damni* in favour of the victim – also known as the *Günstigkeitsprinzip*. In Italy, an *optio legis* allowing an injured party to base her claim on the law of the place of the harmful event in lieu of the law of the place of the wrongful act was introduced as part of the 1995 reform (Article 62 of the Italian private international law statute)<sup>21</sup>. In Germany, the principle of *favor laesi* was also part of the 1999 reform (see Article 40(1) EGBGB)<sup>22</sup>.

### A) *Favor Laesi* in Contract Law

27. The place of residence of a weaker party may also translate as “the place in which the contract is performed and executed” in all cases where litigation concerns the delivery of goods and the performance of services. Even when the recipient is not a consumer, it will mostly be “at home” that the good is received or the film downloaded (art. 7-1 b Brussels I bis. The residence of the user offers a good compromise: it is “the presumable place of most downloading and platform accesses” and guarantees legal certainty. Unlike what happens in the case of torts, the rules of the Rome I Regulation are less suitable for guaranteeing such an outcome and need revision for the needs of the digital marketplace.

### B) *Favor Laesi* in Crowdfunding

28. Work services provided on line are particularly problematic. It is a recognised fact that micro-work platforms – platforms that offer micro-tasks ranging from translation services to homework tutoring etc – risk hiding particularly relevant human rights violations such as child labour or exploitation of workers resulting in severe illnesses<sup>23</sup>. Characterising these violations is problematic in that they may at the same time give rise to tortious and contractual liability.

29. Article 21 b i) Brussels *Ibis* seems adequate in the EU context, especially when coupled with Article 8 of the Rome Regulation and its escape clause of Article 4(3). On the more global internet scale, reference to the legal order under which the worker carries out the tasks obtained via the platform may well lead to distortions of the market. On the one hand, this criterion has the advantage of putting the situation of workers employed or “intermediated” by digital platforms on an equal footing with that of their competitors working in the physical market around them.

<sup>18</sup> A. PETER/S. GLESS/CH. THOMALE/M.-Ph. WELLER, *Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law* (26 March 2020). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper N° 06-2020. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3561482](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561482) accessed 20 November 2020

<sup>19</sup> See I. PRETELLI, “La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento «Roma II»”, in Bonomi (ed.) *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile* (Giappichelli 2009) 449 on Art. 7 EU Regulation 864/2007 ss.

<sup>20</sup> The principle was originally set in the context of *Handelskwekerij G. J. Bier v. Mines de potasse d'Alsace*, 21/76, ECLI:EU:C:1976:166.

<sup>21</sup> L. n. 218/1995.

<sup>22</sup> See J. VON HEIN, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht*, Tübingen, 1999, *passim*; G. SCHMIDT, *Ehrverletzungen in der elektronischen Presse*, Bern, 2020.

<sup>23</sup> See J. BERG/M. FURRERS/E. HARMON/U. RANIS/M S. SILBERMAN, *Digital labour platforms and the future of work, Towards decent work in the online world*, ILO Office, Geneva, 2018.

**30.** However, the level of protection of the law of the place “from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract” may be very low, thus leading to social dumping, paving the way for unfair competition and creating a race to the bottom. Backroom operations such as content moderation tasks, content-creating, editing, type-setting, call centres and a wide variety of activities that can be performed on line are outsourced to low-labour-standard countries, including India, where educated and skilled workers are available at a significantly lower cost and round the clock.

**31.** “As a combination of the words “crowd” and “outsourcing” suggest, the word’s origins directly refer to the economic motivations for businesses’ use of crowdsourcing – cheaper, on-demand labour.”<sup>24</sup> In addition, digital workers find themselves in a self-contained regime where they feel subject to the platform’s terms and conditions<sup>25</sup> even when they perform the tasks for another user. Recent case law shows that private ordering is unable to provide the protection that states grant to workers in the relationship with their employer or client. Such relationships are always governed by a law, to be identified through private international law.

**32.** In line with the recent initiatives on Human Rights Due Diligence<sup>26</sup>, destination-based labour standards would appear to be the most appropriate way of preventing negative externalities and ensuring greater consistency across the digital society in which these workers operate. This article suggests that the law applicable to crowdwork should be the law of the place where the client/employer is based. This would guarantee fairer competition that is favourable to social progress. Firstly, this would equalise the conditions and prices of services in a given market and neutralise social dumping. Secondly, it would increase the appeal of platform work in countries such as India, thus favouring a race to the top. The change may seem radical but once placed in the context of the “digital revolution” it could turn out to be the simplest natural consequence and appropriate legal reaction to the digitalisation of work.

### III. Relations Between a User and a Platform Exercising Decisive Control

Private international law problems arising between a platform user and the platform itself should also be solved with an eye to the imbalance between the two parties, thus granting enhanced protection to the weaker one.

#### 1. When the Platform Exercises Decisive Control

**33.** Recently, the Court of Justice has given a provisional solution to the problem of defining the employment status of chauffeurs working via affiliation with a platform. Up to now there has been no consistency across national courts as to the definition of gig workers: some decisions have recognised their subordinate status, others denied it and still others have considered them to be a mixture of the two.

**34.** The digital platform’s role in the organisation of the service<sup>27</sup> is considered decisive in characterising the gig workers providing that service.

<sup>24</sup> J. BERG/M. FURRERS/E. HARMON/U. RANIS/M S. SILBERMAN, *Digital labour platforms and the future of work, Towards decent work in the online world*, ILO Office, Geneva, 2018, p. 3.

<sup>25</sup> *Ibidem*, at 22 ff.

<sup>26</sup> M. A. Cherry, , A Global System of Work, A Global System of Regulation?: Crowdwork and Conflicts of Law. *Tulane Law Review*, Vol. 94, 2019, Saint Louis University School of Law Legal Studies Research Paper No. 2019-11 , Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3523303>

<sup>27</sup> See also CJEU, 12 July 2011, L’Oréal SA et al. v eBay International AG et al., [ECLI:EU:C:2011:474] distinguishing, pt. 113, “the case where the service provider plays an active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, those data (Google France and Google, paragraphs 114 and 120)” from the case where the service provider confines “itself to providing that service neutrally by a merely technical and automatic processing of the data provided by its customers”.

35. A case where “the service at issue in the main proceedings merely enables... the activity consisting in putting persons wishing to make a journey in the urban area in contact only with licensed taxi drivers whose activity pre-exists and for whom that intermediation service constitutes only one method, among others, of obtaining customers, which, moreover, they are in no way obliged to use” is an information society service within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC<sup>28</sup>.

36. This situation is clearly differentiated from that of “the intermediation service” at issue in the case giving rise to the judgment of 20 December 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi* (C-434/15, EU:C:2017: 981), which created and made accessible the provision of travel services in the urban area by non-professional drivers who had previously been absent from the market. In the case of Uber, the treatment of drivers will eventually lead to their characterisation as employees<sup>29</sup>.

37. Characterisation influences the applicable rules on jurisdiction. An employee has the benefit of the choice granted by art. 21, Brussels I bis, allowing him to sue the employer in the *forum rei* or in the place where the work is carried out (or in the last place where work was carried out). If these two options point to more than one place (for instance when the employee travels for work), the special forum is in the place where the business that engaged the employee is or was situated.

38. The choice of forum is regulated by the relevant rule of Article 23 Brussels Ibis which provides that choice of forum agreements may only be concluded *a posteriori*, “after the dispute has arisen” (unless the agreements may only favour them).

39. The CJEU and national courts have used these principles to re-establish an *égalité des armes* in platform-related litigation without impairing the attractiveness of the European market place.

The only limits to the protection of the weak party in the European system derive from the principle of legal certainty, whereby foreseeability of the forum and of the applicable law by the platform must be ensured.

40. In most cases, the courts of the employee’s place of domicile will apply the *lex fori* as a consequence of the Rome I Regulation.

The Regulation lists, as connecting factors for employees: “the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract” (art.8-2), and the country where the place of business through which the employee was engaged is situated (art. 8.3). Even though workers may choose a different law (art.8-1), or be subject to it by virtue of the escape clause (art. 84), in the majority of cases workers will be able to litigate “at home” and can expect the “home” labour standards to govern their relationship with their employers.

## 2. When the Platform Does not Exercise Decisive Control

41. In another hypothesis, as affirmed by the CJEU in the case *Airbnb Ireland*<sup>30</sup>, the platform is considered to be a simple intermediary.

<sup>28</sup> CJEU, 3 December 2020, *Star Taxi App SRL*, [ECLI:EU:C:2020:980].

<sup>29</sup> CJEU, 20 December 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi* [EU:C:2017: 981] and CJEU, 10 April 2018, *Uber France SAS v Nabil Bensalem*, [ECLI:EU:C:2018:221].

<sup>30</sup> See CJEU, 19 December 2019 [ECLI:EU:C:2019:1112] pts. 57 “As such, it follows that an intermediation service such as the one provided by Airbnb Ireland cannot be regarded as forming an integral part of an overall service, the main component of which is the provision of accommodation”; 65 “the rules for the functioning of an intermediation service such as the one provided by Airbnb cannot be equated to those of the intermediation service which gave rise to the judgments of 20 December 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi* (C434/15, EU:C:2017:981, paragraph 39), and of 10 April 2018, *Uber France* (C320/16, EU:C:2018:221, paragraph 21)”; 69 “an intermediation service which, by means of an electronic platform, is

**42.** The European Commission in its “European agenda for the collaborative economy” uses the following criteria to assess the decisiveness of the platforms’ control:

- “(1) Price: does the collaborative platform set the final price to be paid by the user, as the recipient of the underlying service. Where the collaborative platform is only recommending a price or where the underlying services provider is otherwise free to adapt the price set by a collaborative platform, this indicates that this criterion may not be met.
- (2) Other key contractual terms: does the collaborative platform set terms and conditions, other than price, which determine the contractual relationship between the underlying services provider and the user (such as for example setting mandatory instructions for the provision of the underlying service, including any obligation to provide the service).
- (3) Ownership of key assets: does the collaborative platform own the key assets used to provide the underlying service.”<sup>31</sup>

Once it is established that the platform is not per se an employer but a mere intermediary, a distinction must be made between cases involving consumers and cases involving businesses.

**43.** Is it really so?

Some scholars have cast doubt on the legitimacy of making a distinction between business-to-consumer (B2C) and business-to-business (B2B) relationships when the counterparty is a tech giant<sup>32</sup>.

Ebay ‘power sellers’ and ‘Airbnb landlords’ are professional platform users that may certainly be considered to have a B2B relationship with the platform, but what about the small and medium companies obliged to use the platform to survive in the market?

**44.** This doubt has reached the Court of Justice in a case that pits a German company that runs hotels against the platform *booking.com*<sup>33</sup>.

The importance of *booking.com* has reached such a scale that no hotel can possibly avoid being a platform user.

*Booking.com* has offices in 70 countries, employs 17,000 workers and manages the booking of over 1.6 million overnight stays every 24 hours. It has over 28 million listings across 228 countries and is available in 43 languages<sup>34</sup>.

When they agree to display their establishment on the platform, professional users are subject to the following clause “Save as set out otherwise in this Agreement, this Agreement shall be exclusively governed by and construed in accordance with the laws of the Netherlands”. This clause concerns solely B2B relations and has recently been challenged before the Court of Justice of the European Union.

A German company that operates a hotel in Schleswig-Holstein (Germany) has assumed that the continuous modification – to the advantage of *booking.com* – of the general conditions of the platform’s B2B contracts is an infringement of fair competition law. Basing its claim on German competition law, the German company has seized the Landgericht Kiel (Kiel Regional Court, Germany). In that context,

---

intended to connect, for remuneration, potential guests with professional or non-professional hosts offering short-term accommodation services, while also providing a certain number of services ancillary to that intermediation service, must be classified as an ‘information society service’ under Directive 2000/31”.

<sup>31</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy, {SWD(2016) 184 final} Brussels, 2.6.2016, COM(2016) 356 final.

<sup>32</sup> P. FRANZINA, “Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Platforms: The Role of Private International Law, in I. PRETELLI (ed), *Conflict of laws in the maze of digital platforms/Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales, Actes de la 30e Journée de droit international privé du 28 juin 2018 à Lausanne*, Zurich 2019, p. 147 et seq.;

<sup>33</sup> The case is extensively presented by P. FAVROD-COUNE, “The legal position of the weaker party in B2B relationships with online platforms in the European Union, an analysis of dispute resolution mechanisms in Regulation (EU) 2019/1150”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 21, 2019/2020, pp. 523-548.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

the German company has claimed that it is forced to enter into contracts with booking.com because of the latter's dominant position on the market and has asked that its unfair practices, which plainly constitute an abuse of a dominant position, be declared contrary to competition law; the German company has therefore asked the judge to order booking.com to refrain from continuing such practices. Again, enforcement is sought on the platform itself.

45. On 24 November 2020 the CJEU stated that Article 7(2) of the Brussels I bis Regulation applies “to an action seeking an injunction against certain practices implemented in the context of the contractual relationship between the applicant and the defendant, based on an allegation of abuse of a dominant position by the latter in breach of competition law”<sup>35</sup>.

The judgment adheres to the AG opinion delivered in September 2020 and clearly reverses the earlier *Brogssitter* judgment<sup>36</sup>, which could have allowed the cause of action based on delict to fall under the concept of ‘matter relating to contract’ within the meaning of Article 7(1), since the action concerns a harmful event that also constitutes a breach of a contractual obligation.

In addition, the court fails to give relevance to the weakness of one of the Bs in the B2B contract.

46. It is increasingly apparent that small and medium businesses require protection similar to that of consumers in cross-border disputes with a digital platform.

Activities such as “publishing books, lecturing, operating websites, fundraising” have already been declared not inconsistent with the notion of consumer, since the contracting parties’ relationship continues to be characterised by substantial inequality of bargaining strength<sup>37</sup>.

47. It is fair enough to wonder whether, in the future, the protection granted to consumers by art. 18 of EU Regulation 1215/2012, offering a choice between the courts of the Member State of the consumer’s domicile and the *forum rei*, should not be extended to “weak parties” as compared to “strong” ones, which by virtue of their strength may easily defend themselves in the *forum actoris* – i.e. the domicile of the weaker one<sup>38</sup>.

48. The prohibition of clauses creating a “significant imbalance” could be aimed not only at protecting consumers in B2C contracts but also at fair competition in B2B contracts, since this category of mandatory rules may well include forum and law selection clauses that substantially erode consumers’ access to justice.

49. In a case concerning Facebook, the Paris Appellate Court affirmed French jurisdiction and decided on the merits of a case between the platform *Facebook* and one of its users, who was domiciled in France: “Les difficultés pratiques et le coût d’accès aux juridictions californiennes sont de nature à

<sup>35</sup> See CJEU, 24 November 2020, *Wikinghof GmbH & Co. KG v Booking.com BV*, [ECLI:EU:C:2020:950].

<sup>36</sup> See CJEU, 13 March 2014, *Brogssitter*, [EU:C:2014:148], pt. 18 and also CJEU, 14 July 2016, *Granarolo SpA contre Ambrosi Emmi France SA* [ECLI:EU:C:2016:559] stating that Article 5(3) of the Brussels I Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 means that “an action for damages founded on an abrupt termination of a long-standing business relationship, such as the termination at issue in the main proceedings, is not a matter relating to tort, delict or quasi-delict within the meaning of that regulation if a tacit contractual relationship existed between the parties, a matter which is for the referring court to ascertain. Demonstration of the existence of a tacit contractual relationship of that kind must be based on 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>37</sup> CJEU, 25 January 2018, *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited* [ECLI:EU:C:2018:37] pt. 41 “activities of publishing books, lecturing, operating websites, fundraising and being assigned the claims of numerous consumers for the purpose of their enforcement do not entail the loss of a private Facebook account user’s status as a ‘consumer’ within the meaning of that article”.

<sup>38</sup> Cp. P. FRANZINA (note 29), p. 149, regretting that Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services applicable as of 20 July 2020 does not contain any specific protective provisions on private international law.

dissuader le consommateur d'exercer toute action devant les juridictions concernant l'application du contrat et à le priver de tout recours à l'encontre de la société Facebook Inc; qu'à l'inverse, cette dernière a une agence en France et dispose de ressources financières et humaines qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises"<sup>39</sup>.

The authors of the decisions give relevance to the significant imbalance (*déséquilibre significatif*) between the resources of the platform and those of its users.

Similar words are used by the Supreme Court of Canada, with reference to the gross inequality of bargaining power as the main reason for not enforcing a forum selection clause between Facebook and one of its users.<sup>40</sup>

#### IV. Some Conclusions

**50.** If appropriately adapted, private international rules have already offered well-shaped solutions in most digital litigation cases, especially as regards connecting factors available for torts within the EU.

**51.** Connecting factors serve all the functions of private international law: allocating jurisdiction, identifying the applicable law, as well as serving as vectors for the recognition and enforcement of decisions and acts.

**52.** In cases pitting platform users against each other, the most reliable guiding principles are the principle of effectiveness and that of *favor laesi*.

Wider application of *favor laesi* is being promoted in order to allow persons who have suffered harm as a result of using digital platforms to benefit from the *Günstigkeitsprinzip* – if necessary through an adaptation of the exception clause in the Rome II Regulation.

A series of successful cases has been decided – on the basis of these principles – by *fora actoris*, and most of them have required (compulsory) collaboration by digital platforms in allowing enforcement of court decisions in cyberspace itself.

Digital platforms have represented the relevant area of enforcement in most cases of litigation between platform users, because de-indexation – or similar platform adjustments – are often both necessary and sufficient to put an end to the damage.

**53.** In the long run, enhanced protection of persons entering into on-line contracts will eventually have to be recognised through an extension of the principle of *favor laesi* to suppliers of work services, by analogy with the most recent development of human rights due diligence.

In this context, standard protection clauses leading to destination-based labour standards, when promoted by an international organisation such as the ILO, would represent a major advancement<sup>41</sup>.

The same principle may provide guidance with regard to litigation pitting a user against the platform in every situation where there is a need to redress the significant imbalance of power between the digital platform and the average business person.

**54.** The financial and human resources available do not enable the parties to represent and defend themselves on an equal footing before foreign courts. Business users, often forced to use the platform to survive in their own marketplace, may not always be equipped with the armoury they need to defend themselves on equal terms before the jurisdiction selected on the basis of the choice-of-forum standard clause imposed by the platform on the assumption that it concerns peer-to-peer relations.

<sup>39</sup> Cour d'appel de Paris, 12 Février 2016, (n° 2016-58, 6 pages).

<sup>40</sup> Douez v. Facebook, Inc., 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751.

<sup>41</sup> See I. PRETELLI, "Improving Social Cohesion through Connecting Factors in the Conflict of Laws of the Platform Economy", in *Conflict of laws in the maze of digital platforms* (note 29), pp. 46-47.

# EFICACIA HORIZONTAL DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO N° 1215/2012 (OBSERVACIONES AL HILO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL RETIRADA)

## HORIZONTAL EFFECT OF THE RULES ON INTERNATIONAL JURISDICTION IN REGULATION NO 1215/2012 (NOTES ON A WITHDRAWN REQUEST FOR A PRELIMINARY RULING)

MARTA REQUEJO ISIDRO

*Letrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea\**

Recibido: 13.12.2020 / Aceptado: 11.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5972>

**Resumen:** En diciembre de 2019 la Court of Appeal de Inglaterra y Gales solicitó al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial sobre si el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, crea, a favor de las personas domiciliadas en Estados miembros, un derecho directamente exigible frente a otro particular; para el caso de respuesta afirmativa, preguntaba acerca de su tutela. La cuestión fue posteriormente retirada. En este texto se proponen argumentos para llegar a la solución que presumiblemente, a juicio del autor, habría sido la del Tribunal de Justicia. Se sugiere que, en ciertos casos, no es imposible una lectura distinta de ciertas disposiciones del Reglamento, que puede, además, ser oportuna para reforzar la protección de personas con domicilio en la Unión, y asegurar la aplicación efectiva de políticas legislativas esenciales.

**Palabras clave:** competencia judicial internacional, derechos individuales, tutela judicial efectiva, anti-suit injunctions, protección de la parte débil, protección de políticas legislativas esenciales, Estados miembros de la Unión, Estados terceros.

**Abstract:** In December 2019, the Court of Appeal of England and Wales requested the Court of Justice to decide whether Article 4 (1) of Regulation 1215/2012, confers a directly enforceable right upon a person domiciled in a Member State. For the case of a positive answer, it asked as well about remedies. The request was withdrawn later. This paper addresses what in all likelihood, according to the author, would have been the answer of the Court of Justice. It also submits that, under specific circumstances, a different reading of certain provisions of the Regulation might be possible, as well as suitable to reinforce the protection of persons domiciled in the European Union and to ensure the enforcement of essential legislative policies.

**Keywords:** international jurisdiction, individual rights, remedies, anti-suit injunctions, protection of the weaker party, safeguard of essential policies, EU Member States, third States.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos y argumentos para la cuestión prejudicial. III. El precedente: contrato individual de trabajo, trabajador domiciliado en la Unión, y demanda en un tercer Estado 1. *Samengo-Turner v J&H Marsch & McLennan (Services) Ltd.* 2. *Petter v EMC Europe Ltd.* 3. ¿Derechos y obligaciones inter partes en la sección 5 del Reglamento? IV. Derechos dotados de eficacia horizontal en el Reglamento n° 1215/2012. 1. Planteamiento. 2. El Reglamento n°

---

\* Las opiniones vertidas son exclusivas del autor y no representan las del Tribunal de Justicia.

1215/2012 en clave de derechos subjetivos de los litigantes. A) La intención legislativa. Finalidad de las normas. B) Derechos y obligaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. C) Un derecho subjetivo desprovisto de la tutela esencial. 3. En particular: el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012. A) La historia. B) Literalidad del precepto. C) Objeto y finalidad de la norma, y lugar en el sistema V. Demanda ante los órganos jurisdiccionales de un Estado tercero. VI. Excepcionalmente, ¿otra lectura?. 1. Un derecho de las *partes débiles*, dotado de eficacia horizontal mediata en la Unión. 2. Un derecho de las *partes débiles*, canal para el respeto de otras reglas. A) Las reglas de competencia como garantía de reglas de fondo. B) Tutela del derecho vulnerado en un Estado tercero a través de una anti-suit injunction. VII. Conclusión.

## I. Introducción

1. A un mes escaso de la fecha prevista para la retirada del Reino Unido de la Unión Europea y el comienzo del período transitorio, la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales solicitó al Tribunal de Justicia la interpretación del artículo 4, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1215/2012<sup>1</sup>. A través del reenvío prejudicial, el tribunal inglés preguntaba si dicho precepto establece, a favor de las personas domiciliadas en la Unión Europea, un derecho a ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su domicilio, del que derive un derecho a no ser demandadas en un Estado tercero.

2. Para el caso de respuesta afirmativa, el Tribunal de Justicia debería decidir si la tutela de tal derecho exige adoptar una “anti-suit injunction” contra el demandante en un procedimiento abierto en el Estado tercero; y si es relevante, para contestar a esta pregunta, cómo afecte la orden conminatoria a la garantía de los derechos de su destinatario para el supuesto de que quisiera plantear el litigio sobre el fondo en la Unión.

3. La cuestión prejudicial fue retirada en septiembre de este año: las partes del procedimiento principal alcanzaron un acuerdo que puso fin al litigio<sup>2</sup>. No es menos interesante por ello. Un discurso en términos de “derechos” y “obligaciones” de los particulares, con origen en las reglas de competencia del Reglamento n° 1215/2012 o los instrumentos previos, es extraño (aunque no completamente ausente) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que interpreta las normas desde 1976, y ajeno a los ordenamientos de los Estados miembros.

4. Por otra parte, si el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las medidas “anti-suit” al hilo de la interpretación de los instrumentos previos al Reglamento n° 1215/2012<sup>3</sup>, no las ha examinado nunca desde la perspectiva que propone el órgano de reenvío. Tampoco la sentencia *Owusu*<sup>4</sup>, sobre la aplicación del Convenio de Bruselas en situaciones de procesos paralelos en un Estado miembro y un Estado tercero, ofrece una respuesta inmediata a lo que ahora se pregunta. El rechazo a las “anti-suit injunctions” se ha matizado en algunos Estados miembros en las últimas décadas, precisamente cuando el Reino Unido, su cuna por excelencia<sup>5</sup>, abandona la Unión Europea y queda abierta la puerta a que sus tribunales las adopten contra demandantes en procesos abiertos en la Unión<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DO 2012, L 351, p. 1).

<sup>2</sup> Auto del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2020 (EU:C:2020:788).

<sup>3</sup> El Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32), y el Reglamento 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 (DO 2000, L 12, p. 1). Las sentencias aludidas son las de 27 de abril de 2004, *Turner* (C-159/02, EU:C:2004:228); de 10 de febrero de 2009, *Allianz Generali Assicurazioni Generali* (C185/07, EU:C:2009:69); y de 13 de mayo de 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316).

<sup>4</sup> STJUE de 1 de marzo de 2005, *Owusu* (C281/02, EU:C:2005:120).

<sup>5</sup> M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas “antiproceto”*, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2000, para. 1-12.

<sup>6</sup> En la medida en que se siga la propuesta de volver al régimen de competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones preexistente al acceso del Reino Unido a la Unión Europea. En ese caso, las restricciones a la adopción de medidas anti-suit desaparecerían.

5. Por todos estos motivos ha parecido oportuno dedicar algunas páginas a examinar la cuestión de la *Court of Appeal*, a pesar de que haya sido retirada.

## II. Hechos y argumentos para la cuestión prejudicial

6. MG, con domicilio en el Reino Unido, y HH, domiciliado fuera de la Unión Europea desde principios de 2019, mantuvieron una relación sentimental entre 2013 y enero de 2019. En ese tiempo adquirieron valiosos activos muebles e inmuebles con el dinero de MG; algunos constan a nombre de ambos; otros, de MG o de HH en solitario; y otros, a nombre de sociedades bajo el control de HH. Tras el fin de la relación se planteó la cuestión de la propiedad de tales bienes.

7. El 25 de marzo de 2019, HH presentó una demanda ante la Family Court en Nueva Zelanda para que se procediera a la división de los bienes con arreglo a la Property (Relationships) Act 1976. Un día más tarde, MG presentaba una demanda contra HH ante la High Court of England and Wales, instando que declarase su propiedad sobre los activos. HH impugnó, sin éxito, la competencia judicial del tribunal inglés.

8. El 9 de abril de 2019, MG solicitó, en el marco del procedimiento inglés, una orden conminatoria prohibiendo a HH seguir adelante con el procedimiento neozelandés (esto es, una anti-suit injunction), argumentando que, a tenor del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, tenía derecho a ser demandada exclusivamente en Inglaterra. La solicitud fue denegada por sentencia de 23 de julio de 2019, en la que el juez declaró que las disposiciones del Reglamento n° 1215/2012 no exigen expresamente que el derecho de una persona domiciliada en la UE en virtud del artículo 4, apartado 1, del Reglamento se proteja a través de una orden “anti-suit”.

9. MG interpuso recurso de apelación contra esta sentencia ante la *Court of Appeal* el 3 de diciembre de 2019, alegando, en apoyo de su solicitud, la redacción imperativa del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, y el énfasis en la seguridad jurídica que subyace al mismo. Se refirió también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que describe el artículo 4, apartado 1, como una regla destinada a la protección de los demandados, e indica que las disposiciones del Reglamento confieren derechos e imponen obligaciones en las relaciones entre particulares. Finalmente, recordó los principios de eficacia y equivalencia del Derecho de la Unión en lo que respecta a las vías de recurso por vulneración de derechos derivados del Derecho de la Unión.

10. La interpretación de MG acerca del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, no convenció totalmente a la *Court of Appeal*, por los siguientes motivos: de entrada, la adopción de una “anti-suit injunction” en las circunstancias del caso impedirían a HH presentar su demanda al amparo de la Ley neozelandesa, ya que no podría ejercitar una acción similar en Inglaterra. En segundo lugar, el Reglamento no prevé expresamente una medida como la solicitada por MG, que, además, desconocen los ordenamientos de Derecho civil. La *Court of Appeal* recordó, no obstante, que si bien el Derecho de la Unión no permite a los tribunales de los Estados miembros adoptar “anti-suit injunctions” a fin de que una persona inicie procedimientos ante los tribunales de otros Estados miembros, la demanda de HH no involucra a uno de estos Estados, sino a un tercero.

11. Las dudas de la *Court of Appeal* se justifican, en fin, en una comparación entre el artículo 4, apartado 1, y el artículo 22, apartado 1, del Reglamento, relativo a la protección de los trabajadores, que ella misma ha interpretado en el pasado en el sentido de que crea un derecho a favor del trabajador, en tanto que parte débil.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Véase el apartado siguiente.

12. Inseguro, en definitiva, sobre cómo proceder, el órgano jurisdiccional inglés elevó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- (1) ¿Confiere el artículo 4, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 a una persona domiciliada en un Estado miembro un derecho directamente exigible?
- (2) Si la respuesta es afirmativa:  
En caso de que se vulnere dicho derecho al iniciarse un procedimiento contra esa persona en un tercer Estado, ¿existe una obligación del Estado miembro de proporcionar una vía de recurso, incluida la concesión de una “anti-suit injunction”?  
¿Se extiende dicha obligación a un caso en el que la acción ejercitable ante los tribunales de un tercer Estado no resulta ejercitable en virtud de la legislación aplicable en los tribunales del Estado miembro?

### III. El precedente: contrato individual de trabajo, trabajador domiciliado en la UE, y demanda en un tercer Estado

13. *Gray v Hurley* no es el primer caso de solicitud de una anti-suit injunction ante tribunales ingleses con apoyo en el sistema Bruselas. Existen - o han trascendido- al menos dos ocasiones previas. En ambas la respuesta del juez de instancia fue negativa; la *Court of Appeal* revocó las decisiones y concedió las medidas<sup>8</sup>.

#### 1. *Samengo-Turner v J&H Marsch & McLennan (Services) Ltd*<sup>9</sup>

14. En 2007, la *Court of Appeal* adoptó una decisión en el marco del recurso de tres trabajadores contra la negativa, en la instancia previa, de conceder una orden anti-suit tendente a impedir a los empleadores iniciar procedimientos en Nueva York. Los demandantes, con domicilio en Inglaterra, habían sido contratados como corredores de reaseguros por el primer demandado (MSL), una compañía inglesa y parte del grupo Marsh McLennan de compañías (el grupo MM). El tercer demandado (MMC), cuya sede se encuentra en Nueva York, es la sociedad holding de la que forma parte también el segundo demandado (GC). Los contratos de trabajo incluían un acuerdo sobre la elegibilidad para una bonificación anual en efectivo; este último se hallaba sujeto al Derecho de Nueva York, y se acompañaba de una cláusula de elección de foro, exclusiva, a favor de los tribunales del mismo Estado. Los demandantes, que viven en Inglaterra, trabajaron en el mercado de Londres para GC y su compañía inglesa asociada especializada en reaseguro facultativo.

15. En abril de 2007, los demandantes notificaron a MSL su voluntad de rescindir sus contratos de trabajo y comunicaron su intención de trabajar para uno de los competidores del grupo MM. El procedimiento de Nueva York, incoado por GC y MMC, comenzó un mes después: se debatía el derecho de los demandantes a retener el incentivo, en tanto que supeditado a la condición de no participar en actividades que pudieran ser perjudiciales para la empresa.

16. En este contexto, tras contestar infructuosamente la competencia del tribunal estadounidense, los trabajadores solicitaron en el Reino Unido una declaración afirmando la competencia de los

<sup>8</sup> Las decisiones han recibido en general comentarios negativos, ya entre la doctrina inglesa: C.M. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws*, OUP, 4 ed., p. 156, siguiendo a A. BRIGGS, “Who is bound by the Brussels Regulation” *LMCLQ*, 2007, pp. 433-438; A. DICKINSON, “Resurgence of the anti-suit injunction: the Brussels I Regulation as a source of civil obligations?”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 465-473; I. BERGSON, “A new frontier for Brussels I- private law remedies for breach of the Regulation”, *Journal of Private International Law*, 2017, pp. 356-385.

<sup>9</sup> *Samengo-Turner v Marsh & McLennan (Services) Ltd* [2007] EWCA Civ 723; [2007] 2 All ER (Comm) 813.

tribunales locales. Pidieron también una orden judicial de alcance mundial contra la parte demandante en EEUU, basada en que el proceso de Nueva York recae sobre aspectos relacionados con los contratos de trabajo individuales de los demandantes y ha sido iniciado por su empleador. Por estos motivos se aplicaban, a su entender, las disposiciones de la sección 5 del Reglamento del Consejo 44/2001, que exigen que tales procedimientos se entablen únicamente en los tribunales de su domicilio.

**17.** El juez de instancia no estuvo de acuerdo. A la pregunta sobre si los demandantes tenían derecho a no ser demandados en Nueva York por incumplimiento del acuerdo de bonificación respondió en sentido negativo: el procedimiento de Nueva York no se refería a contratos de trabajo individuales; el acuerdo de bonificación no era un contrato de trabajo al carecer de las características propias de tales contratos, i.e., la obligación mutua de proporcionar y realizar trabajo a cambio de una remuneración adecuada. Añadió que MSL, que sería, a su juicio, el empleador de los demandantes, no era quien había iniciado el procedimiento en Nueva York. Por todo ello, el artículo 20 (1) del Reglamento no se aplicaba.

**18.** El tribunal de apelación sostuvo la opinión contraria. Apoyándose en los términos del acuerdo sobre incentivos concluyó su carácter inseparable respecto al contrato de trabajo mismo, que lo hace merecedor de la misma calificación. Sobre si los demandantes en Nueva York eran o no empleadores, la *Court of Appeal* optó por evitar una aproximación formalista; a partir de ahí derivó la legitimación de MMC y GC para demandar como si fueran empleadores de la amplia definición de “la empresa” en el acuerdo de bonificación. Añadió que MSL, que también estaría cubierto por la misma definición, solo podría haber presentado una demanda en Inglaterra para hacer cumplir los términos del empleo de los demandantes. Como empresas dentro del mismo grupo, MMC y GC tenían un interés económico en los contratos y su ejecución, y debían estar sujetos a la misma restricción jurisdiccional que MSL<sup>10</sup>.

**19.** La *Court of Appeal* continuó señalando que la interpretación propuesta para la sección 5 corresponde a los objetivos del Reglamento europeo de certeza y de evitar la multiplicidad de procedimientos: todas aquellas empresas del grupo MM que desearan demandar en los términos del acuerdo de bonificación estarían obligadas a hacerlo ante los tribunales del domicilio de los empleados. De lo contrario, MMC y cualquier otra empresa del grupo MM podrían demandar en Nueva York y MSL tendría que demandar en Inglaterra. Por otra parte, los tribunales ingleses presentaban la conexión más estrecha con la disputa en lo relativo a las actividades de los demandantes durante su empleo y la recepción del laudo en Inglaterra. Subrayó que tal construcción también ofrecía a los demandantes protección frente a procedimientos en jurisdicciones distintas a la de su domicilio.

**20.** La aplicabilidad de la sección 5 permitió al tribunal de apelación negar la validez de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de Nueva York, por cuanto se había pactado antes de cualquier litigio.

**21.** Habida cuenta del fracaso de la impugnación de competencia por parte de los trabajadores en Nueva York, la *Court of Appeal* estimó que una indemnización por daños no sería un remedio suficiente, y que una anti-suit injunction estaba justificada, como única forma de dar efecto al Reglamento.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Esta construcción tampoco traspasa el velo corporativo de ninguna manera real. El Reglamento solo se ocupa de la asignación de competencias. El hecho de que MMC y GC deban ser tratados como empleadores para tales propósitos no significa que deban ser tratados así para cualquier otro propósito.

<sup>11</sup> La *Court of Appeal* valoró en su análisis, además del derecho del trabajador a ser, por ley, demandado en su domicilio, consideraciones de *comity* características a la hora de decidir sobre el pronunciamiento o no de una medida anti-suit. A este respecto, véase T. RAPHAEL, *The Anti-Suit Injunction*, OUP, 2008 (reedición 2012, revisión 2019), para. 50-64.

## 2. *Petter v EMC Europe Ltd*<sup>12</sup>

22. La siguiente ocasión en la que una anti-suit injunction fue adoptada por la *Court of Appeal* presenta rasgos muy similares a los del asunto *Samengo-Turner*. El Sr. Petter trabajó en EMC Europe Ltd (EMC Europe), una empresa inglesa cuya matriz última es una empresa de Massachusetts, EMC Corporation (EMC), desde 2009, en calidad de Director de Cuentas Globales. Como tal, se le consideraba un empleado importante del que se podía esperar que hiciera una contribución significativa al éxito del negocio general de EMC. Con el fin de recompensar y alentar a dichos empleados, EMC operaba un esquema de distribución de acciones en virtud del cual las adjudicaciones de acciones ordinarias de EMC estaban disponibles para ellos en forma diferida. El valor de tales premios podría ser sustancial y en los años inmediatamente anteriores a su salida de EMC Europa formaron una parte significativa de la remuneración total del Sr. Petter.

23. A principios de 2015, el Sr. Petter decidió dejar EMC Europe y empezar a trabajar en una sucursal de otra empresa estadounidense, competidora de EMC. El 15 de enero de 2015 notificó a EMC Europe su intención de dimitir y comenzó a trabajar en la nueva empresa el 16 de febrero de 2015. El 27 de febrero de 2015 EMC inició un proceso contra el Sr. Petter en Massachusetts para solicitar una declaración en el sentido de que, según los términos del plan de acciones y los acuerdos relacionados, tenía derecho a rescindir las adjudicaciones de acciones más recientes realizadas a favor del Sr. Petter.

24. El Sr. Petter respondió iniciando un procedimiento contra EMC y EMC Europa en el Reino Unido, pidiendo, entre otros, una orden judicial provisional que prohibiera a EMC continuar con los procedimientos en su contra en Massachusetts. Tras recibir la notificación del procedimiento, EMC impugnó la jurisdicción del tribunal inglés con el argumento de que los contratos entre ella y el Sr. Petter, en virtud de los cuales se habían adjudicado acciones a este último, contenían una elección expresa de la ley de Massachusetts y un acuerdo de jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales de dicho Estado. El tribunal estimó que el acuerdo de elección de foro era contrario a la sección 5 del Reglamento n° 1215/2012 y, por tanto, inválido. Denegó, no obstante, la orden anti-suit solicitada, argumentando que la decisión de concederla o no es discrecional, y que en las circunstancias del caso el resultado no lograría, posiblemente, evitar el curso del procedimiento en el extranjero. Habría, pues, finalmente, dos decisiones incompatibles cuya ejecución las partes afectadas tratarían de evitar, con bastantes probabilidades de éxito. El juez expresó además su convicción de que, en vista de la incompatibilidad general entre el Reglamento y las medidas anti-suit, otorgarlas con apoyo en aquel texto es, por principio, inapropiado, excepto si existe un acuerdo de elección de foro entre las partes.

25. El Sr. Petter apeló. Como en *Samengo-Turner*, la *Court of Appeal* procedió en primer lugar a determinar si la relación entre el Sr. Petter y EMC y EMC, fundamentada en el acuerdo sobre recompensa en forma de acciones, es un contrato de trabajo, y las partes un “empleador” y un “trabajador” en el sentido de la sección 5 del Reglamento Bruselas I bis. Tras afirmarlo, pasó a analizar la cláusula de elección de foro a la luz de tal sección y concluyó que era nula. La orden anti-suit fue pronunciada, en gran medida, sobre la base de la similitud de los hechos en *Samengo v Turner* y el caso bajo examen.

## 3. ¿Derechos y obligaciones inter partes en la sección 5 del Reglamento?

26. Resulta de interés detenerse en este punto y preguntar qué argumentos condujeron a la *Court of Appeal* a afirmar la existencia de un derecho de eficacia horizontal del trabajador, y de una obligación correlativa que pesaría sobre el empleador, resultantes de la sección 5 del Reglamento.

<sup>12</sup> *Petter v EMC Europe Ltd* [2015] EWCA Civ 828; [2015] 2 CLC 178.

27. La respuesta es, en realidad, bastante pobre. Como ha puesto de relieve la doctrina<sup>13</sup>, en *Samengo v. Turner* no se discutió la existencia del derecho; tampoco su naturaleza. Cuando, en *Petter*, Lord Justice Moore-Bick afirma que

“the existence of a right capable of protection by injunction”

es el fundamento de la decisión previa<sup>14</sup>, y añade, más adelante, que

“If it is necessary to spell out the principle which emerges from the judgment [Samengo-Turner] it is that in a case falling within Section 5 of the Regulation an anti-suit injunction should ordinarily be granted to restrain an employer from bringing proceedings outside the Member States in order to protect the employee’s rights”

ignora que, en realidad, el tribunal se limitó a aceptar un dato sobre el que la opinión de las partes de aquel litigio coincidía<sup>15</sup>.

28. En consecuencia, la cuestión podría todavía haberse discutido con ocasión del asunto *Petter*; también, a la luz de la alusión directa del juez de instancia a que el Reglamento “crea obligaciones de naturaleza pública que vinculan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en sus decisiones sobre si son o no competentes, y no obligaciones y derechos de los litigantes cuyo respeto se puede imponer a través de órdenes imperativas”<sup>16</sup>.

29. La discusión no tuvo lugar, pero ello no significa que la *Court of Appeal* desconociera la existencia de las dudas. De hecho, Lord Moore-Bick lo menciona expresamente

“Some commentators have suggested that the effect of Article 22(1) of the Regulation is to create rights of a public, rather than a private, nature which are not capable of being protected by injunction”<sup>17</sup>.

30. Pero continúa, diciendo

“However, no argument of that kind was addressed to us and it would in any event have been precluded by the decision in *Samengo-Turner* (...)”<sup>18</sup>.

31. Por su parte, Lord Sales, en su opinión concurrente a favor de otorgar la anti-suit injunction, elude cualquier referencia a un derecho del trabajador con origen en la sección 5 del Reglamento, prefiriendo una explicación en términos de orden público:

“In my view, section 5 of the Regulation reflects and seeks to give expression to a clear public policy to protect employees in relation to litigation relating to their employment, because they are taken to be in a weaker negotiating position by reason of their economic and social status as against employers. The decision in *Samengo-Turner* gives effect to this public policy, as reflected in the Regulation. In my opinion, it was legitimate for the court in *Samengo-Turner* to do this”<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> I. BERGSON, apartados 2 y 4.

<sup>14</sup> *Petter*, apartado 29.

<sup>15</sup> I. BERGSON, *loc. ult. cit.*, esp. p. 359, 362; y apartado 38 de *Samengo-Turner*.

<sup>16</sup> *Petter*, apartados 67 y 68.

<sup>17</sup> *Samengo-Turner*, apartado 29.

<sup>18</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>19</sup> Apartado 55. Lord Vos no cuestionó la realidad del derecho: véase el apartado 40, “That *ratio* [en *Samengo-Turner*] is, I think, that it is not open to the court to refuse an injunction where the overseas court cannot give and has not given effect to the Regulation, so that the only way to give effect to the English employee’s statutory rights is to restrain the overseas proceedings” (cursiva añadida).

32. Este hecho, unido a la observación de Lord Moore-Bick antes reproducida, indican que la *Court of Appeal* era consciente de la argumentación contraria al otorgamiento de una orden anti-suit con base en la sección 5 del Reglamento Bruselas I bis, y se sintió obligada a rechazarla. De ahí deriva que, en Inglaterra, se ha sentado un precedente<sup>20</sup>.

#### IV. Derechos dotados de eficacia horizontal en el Reglamento n° 1215/2012

##### 1. Planteamiento

33. En el asunto C-943/16, el órgano jurisdiccional inglés solicitaba saber en primer lugar si el artículo 4 del Reglamento n° 1215/2012 crea un derecho individual que un particular pueda invocar “horizontalmente”, por oposición a un derecho frente al Estado, con eficacia “vertical”, por vía de acción civil. El reenvío prejudicial se realizó en un contexto muy preciso: por una parte, no concurría más circunstancia atributiva de competencia a órganos jurisdiccionales en la Unión que el domicilio de la demandada, MG, en un Estado miembro; de ahí que la cuestión pudiera circunscribirse a un artículo del Reglamento. Por otra parte, la vulneración del (presunto) derecho de MG resultaría de plantear HH su demanda en un Estado tercero; ello no obstante, en su primera pregunta la *Court of Appeal* no distingue entre este caso y el de una demanda en la Unión.

34. En mi opinión, la respuesta a esta primera cuestión del órgano de reenvío es negativa - por lo que el Tribunal de Justicia no tendría que abordar ya la segunda. Los argumentos se encuentran, en primer término, en la historia y los fundamentos del sistema: si se quiere, en su ADN; responder a la *Court of Appeal* en este asunto obliga a un recorrido por terreno familiar a cualquier internacional-privatista en Europa. La interpretación sistemática del precepto y la literal también abogan por descartar que confiera un derecho subjetivo a no ser demandado fuera del domicilio en la Unión.

35. En principio, esta conclusión es la misma para la generalidad de los foros del Reglamento n° 1215/2012. Debo indicar, no obstante, ya ahora, que no descarto la posibilidad de una lectura distinta, o la oportunidad de una solución diferente, en algún caso. Desarrollaré esta opinión en la última parte del texto; ello me conducirá a ocuparme de la segunda cuestión planteada por el tribunal de apelación inglés en el asunto C-946/19, *MG*.

##### 2. El Reglamento n° 1215/2012 en clave de derechos subjetivos de los litigantes

36. Como hiciera primero el Convenio de Bruselas, y luego el Reglamento n° 44/2001, el Reglamento actualmente en vigor proporciona el marco procesal básico para la tutela en la Unión de los derechos sustantivos de los particulares en situaciones transfronterizas, en materia civil y mercantil. Su capítulo II reparte la competencia judicial internacional entre los Estados miembros, y coordina el ejercicio de su jurisdicción respectiva<sup>21</sup>.

37. Una lectura del Reglamento n° 1215/2012 más allá de esta función, en clave de derechos individuales entre las partes en el proceso, no parece verosímil. De entrada, exige identificar una intención legislativa -la de conferir derechos a los particulares, no frente al poder público, sino directamente entre sí- que es extraña a la concepción original del instrumento; su evolución posterior no lo desmiente (apartado A). En segundo término, la interpretación propuesta es ajena a la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia sobre el Convenio de Bruselas y los Reglamentos, y su apoyo en los principios

<sup>20</sup> I. BERGSON, p. 363, p. 372.

<sup>21</sup> Véanse, por ejemplo, las STJUE de 11 de enero de 1990, *Dumez France y Tracoba* (C220/88, EU:C:1990:8), apartado 16; de 8 de mayo de 2019, *Kerr* (C25/18, EU:C:2019:376), apartado 21; de 6 de diciembre de 1994, *Tatry* (C406/92, EU:C:1994:400), apartado 55.

generales vigentes en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión sigue siendo limitado (apartado B). Encuentra, en fin, difícil encaje en un sistema que, basado en la confianza mutua entre las autoridades de los Estados miembros, ha rechazado expresamente las medidas anti-suit (apartado C).

### A. La intención legislativa. Finalidad de las normas

38. El Reglamento en vigor, lo mismo que el Reglamento n° 44/2001, encuentran sus raíces en el Convenio de Bruselas de 16 de septiembre de 1968. El paso del Convenio a los Reglamentos no alteró ni la estructura ni el fundamento esenciales del sistema; también se han mantenido muchas de las soluciones, entre ellas la que consagra el actual artículo 4, apartado 1. Por este motivo la intención legislativa debe buscarse ya en el texto convencional<sup>22</sup>.

39. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, no comprendía disposiciones relativas a la tutela de los derechos subjetivos nacidos de relaciones jurídico-privadas transfronterizas. Solo el artículo 220, cuarto guión, abordaba un aspecto de la cuestión, encargando a los Estados miembros entablar negociaciones entre ellos con vistas a garantizar, a favor de sus nacionales, la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales.

40. El Convenio de Bruselas de 16 de septiembre de 1968, celebrado al amparo de aquella norma, llevó a la práctica su mandato, pero no se limitó al mismo: de haberse atendido estrictamente a lo ordenado solo habría suprimido las exigencias de traducción, legalización, y para la transmisión de documentos, propias del *exequátur*<sup>23</sup>. Tomando conciencia de las posibilidades de la integración europea, los negociadores concibieron ya entonces la idea de una libre circulación de las resoluciones judiciales<sup>24</sup>, cuya realización exigía unificar las condiciones de fondo relativas a los efectos de las decisiones. Con este fin, el Convenio incluyó una lista con criterios de competencia que se estimaron razonables para fundamentar la “regularidad internacional” de una decisión judicial<sup>25</sup>. El compromiso de los Estados partes en el Convenio de aplicar dichos criterios permitió eliminar el control de la competencia del juez de origen de la fase de reconocimiento o *exequátur*, con carácter general.

41. Los expertos se decidieron por el principio de la aplicación de oficio del Convenio, dándole expresión formal, en particular, en sus artículos 19 y 20<sup>26</sup>. En su interpretación del texto, el Tribunal de Justicia confirmó el objeto de las reglas y su naturaleza imperativa, e identificó a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como sus destinatarios<sup>27</sup>.

42. Conforme a los trabajos explicativos del Convenio no hubo en ningún momento discusión sobre el otorgamiento, a través de sus disposiciones, de derechos subjetivos de una parte en el litigio

<sup>22</sup> Se plantea la pregunta sobre cómo llevar a cabo la reconstrucción de la intención legislativa original en el Convenio de Bruselas. He utilizado para ello los documentos publicados -los Informes a las sucesivas versiones; las Propuestas de la Comisión y de los Informes de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento-, y, como argumento de autoridad, el texto de G.A.L. DROZ, *La Compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, 1972, que asistió a las negociaciones del Convenio como representante de la Conferencia de La Haya.

<sup>23</sup> G.A.L. DROZ, *loc. cit.*, pp. 8-9, siguiendo a M. Bellet.

<sup>24</sup> Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1979, C 59, p. 1; en lo sucesivo “Informe JENARD”), p. 128.

<sup>25</sup> En palabras de G.A.L. DROZ, *loc. cit.*, p. 9.

<sup>26</sup> Informe JENARD, p. 130.

<sup>27</sup> STJUE de 16 de junio de 1981, *Kloms* (166/80, EU:C:1981:137), apartado 7: “el Convenio de Bruselas contiene en su Título II disposiciones que regulan de manera directa y detallada la competencia de los Tribunales del Estado de origen [...]. Estas disposiciones, obligatorias para el Juez de origen [...]”.

contra la otra<sup>28</sup>. Este silencio no sorprende en lo relativo a la primera versión del Convenio: en primer lugar, como no ha dejado de destacar la doctrina, porque, en tanto que instrumento internacional absolutamente tradicional, generó derechos y obligaciones entre los Estados firmantes, y no entre particulares<sup>29</sup>. En segundo término, ya es sabido que el Convenio se basó “en la existencia de una cultura jurídica común, en gran medida, a los Estados originarios de la Comunidad Económica Europea”<sup>30</sup>. La idea de un derecho subjetivo a no ser demandado en el extranjero era ajena a sus tradiciones jurídicas<sup>31</sup> (lo era también, por ende, la de cualquier medida destinada a protegerlo<sup>32</sup>), tanto desde una perspectiva procesal, como de Derecho internacional privado. Es cierto que, superadas las teorías iusprivatistas sobre el proceso, algunas de las restantes no descartaban explicarlo como relación jurídica triangular: del juez y las partes, y de las partes entre sí. Ahora bien, la idea de derechos subjetivos entre las partes con origen en las reglas sobre competencia judicial internacional era completamente extraña a estas concepciones, como lo era y es, en general, todavía, la de que la violación de las reglas procesales justifica por sí sola un derecho a indemnización de un litigante frente al otro.

**43.** De mayor interés es la falta de debate al hilo de la segunda versión del Convenio, a raíz del ingreso en la CEE de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido en 1972. El Convenio se extendió entonces a dos países pertenecientes a la tradición de *common law*, cuya forma de comprender la administración de justicia en el ámbito civil era muy diferente de los Estados miembros originales. La adhesión de estos países al instrumento obligó a reconsiderar varios aspectos del texto, atendiendo a características distintivas de los ordenamientos jurídicos de los nuevos Estados miembros<sup>33</sup>. En el marco de las negociaciones para la reforma del Convenio sí se valoró (y descartó) la doctrina, típica del *common law*, del “*forum non conveniens*”, que posibilita resoluciones discrecionales de un tribunal a propósito del ejercicio de su competencia internacional<sup>34</sup>. No consta que hubiera, en cambio, debate alguno a propósito de las *anti-suit injunctions*, que funcionalmente cabe considerar como equivalentes a aquella doctrina<sup>35</sup>.

**44.** Los posteriores ingresos en la Comunidad Económica de Grecia, en 1981, los Reinos de España y Portugal en 1986, y Austria, Finlandia y Suecia en 1995, no originaron cambios ni en los principios, ni en la estructura esencial del Convenio, al que debieron adherirse todos estos países.

**45.** El Tratado de Amsterdam<sup>36</sup> condujo a la adopción del Reglamento n° 44/2001, como medida para un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de

<sup>28</sup> Ni siquiera en relación con las normas de competencia tendentes proteger a determinadas categorías de personas por “consideraciones de orden social” (Informe JENARD, p. 148), o al privilegio que el Protocolo al Convenio preveía en su artículo 1 a favor de las personas domiciliadas en Luxemburgo, en relación con el artículo 5, apartado 1 (hoy, artículo 7, apartado 1). Su defensa se articulaba en el propio instrumento en forma de impugnación por el demandado, o de control de oficio, en caso de que no compareciera ante el juez.

<sup>29</sup> A. DICKINSON, p. 470.

<sup>30</sup> Informe sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido (DO 1979, C 59, p. 184; en lo que sigue, “Informe SCHLOSSER”), punto 16.

<sup>31</sup> Sobre un “derecho a no ser demandado en el extranjero”, en la época de la celebración del Convenio, solo se conoce en el continente un supuesto, cuya base, no obstante, se encuentra en el Derecho sustantivo - el § 1353 (1) BGB, sobre derechos y deberes matrimoniales-: la sentencia del *Reichtsgericht* de 3 de marzo de 1938, 157 RGZ 136.

<sup>32</sup> Históricamente, la aparición de las órdenes conminatorias del tipo “anti-suit” está ligada al desarrollo de la *equity* en Inglaterra, de la mano de la *Chancery Court*, al lado de las reglas de *common law* que aplicaban otras jurisdicciones del reino. La posibilidad de que la *Chancery Court* llevara a buen término su labor requería poder paralizar el recurso a los otros tribunales, así como la ejecución de las decisiones que de ellos emanaran. Más adelante las medidas se extendieron a demandantes en procesos iniciados en Escocia, Irlanda y las colonias. En países de Derecho civil, en 1968 solo había trascendido un caso, en Alemania: véase la nota previa.

<sup>33</sup> Informe SCHLOSSER, punto 16.

<sup>34</sup> Informe SCHLOSSER, puntos 76 y ss.

<sup>35</sup> Conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Járabo Colomer, de 20 de noviembre de 2003, en el asunto *Turner* (C-159/02, EU:C:2003:632), punto 38. La similitud se aprecia, en particular, en los supuestos de pluralidad actual o potencial de litigios sobre la misma causa.

<sup>36</sup> De 2 de octubre de 1998 (DO 1997, L 340, p. 1). Con él la adopción de medidas para la cooperación judicial en materia civil pasó a ser competencia comunitaria: véanse los artículos 61 y 65 TCE, hoy artículos 67 y 81 TFUE.

personas<sup>37</sup>. A tenor de su Preámbulo, el Reglamento debía asegurar la continuidad de los resultados obtenidos con el Convenio<sup>38</sup>. El Reglamento n° 1215/2012, al amparo del artículo 81 del TFUE<sup>39</sup>, refunde el Reglamento n° 44/2001 al objeto de “mejorar la aplicación de algunas disposiciones, facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia”<sup>40</sup>. La continuidad con los instrumentos previos en la interpretación y aplicación de las disposiciones que retomen las de aquellos es la regla<sup>41</sup>.

46. La finalidad de las reglas de competencia - distribuirla entre los distintos Estados miembros de modo uniforme y ordenado- no fue objeto de análisis en el marco de las negociaciones de ninguno de los reglamentos. No se planteó que tales reglas tuvieran aptitud para otra cosa, con la excepción, al hilo de la refundición del Reglamento n° 44/2001, relativa al domicilio del demandado, cuya función de criterio general de aplicabilidad general del Reglamento sí dio lugar a debate: su supresión, que no prosperó, tendría por objetivo mejorar el acceso a la justicia en la Unión.

47. Por su parte, la protección procesal de determinados particulares considerados “partes débiles”, que impide que puedan ser demandados ante órganos jurisdiccionales de Estados diferentes al de su domicilio, sí fue considerada de cara a la refundición del Reglamento n° 44/2001. Ahora bien, no se habló en ningún momento de derechos individuales a no ser demandados en otros lugares en la Unión, o fuera de ella. Se examinó y mejoró la posición jurídica de estas partes, en cambio, en tanto que *demandantes*, si tienen su domicilio en la Unión.

48. De los informes nacionales realizados por encargo de la Comisión relativos a la aplicación del Reglamento n° 44/2001 en los Estados miembros, de cara a la revisión del instrumento, se desprende aún la falta de familiaridad o, incluso, la intolerancia, en relación con medidas *inter partes* asociadas a la vulneración por una de ellas de las reglas de competencia<sup>42</sup>.

## B. Derechos y obligaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

49. Un discurso en términos de “derechos” y “obligaciones” entre los particulares en litigio, con origen en las reglas de competencia del Reglamento n° 1215/2012 o los instrumentos previos, es extraño a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que los interpreta desde 1976<sup>43</sup>. Es legítimo entender esta ausencia como un indicio fuerte de que las reglas atributivas de competencia judicial internacional no confieren derechos con eficacia *inter partes*, ni imponen obligaciones correlativas<sup>44</sup>.

50. Siendo justos, hay que decir que la expresión “derechos y obligaciones” sí aparece en algunas decisiones del Tribunal de Justicia. Lo hace, no obstante, casi exclusivamente al hilo de la justificación de la interpretación autónoma del Reglamento, disociada de disposiciones concretas, en lo que se ha convertido en una fórmula de estilo que no sugiere, por lo demás, que se trate de derechos u obligaciones *entre* las partes litigantes: la expresión típica es, “con miras a asegurar, en la medida de lo posible,

<sup>37</sup> Considerando primero.

<sup>38</sup> Considerando quinto.

<sup>39</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 306, p. 1; versión consolidada DO 2016, C 202, p. 47).

<sup>40</sup> Considerando primero.

<sup>41</sup> Considerando trigésimo cuarto del Reglamento n° 1215/2012, y jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia: véase, recientemente, la STJUE de 24 de noviembre de 2020, *Wikinghof* (C-59/19, EU:C:2020:950) apartado 20.

<sup>42</sup> Tal como recoge N. ANDREWS, *Civil Processes*, CUP, 2013, vol. II, para. 10.49 y ss.

<sup>43</sup> La primera sentencia data de 6 de octubre de 1976, *Industrie Tessili Italiana Como* (12/76, EU:C:1976:133).

<sup>44</sup> En este sentido, I. BERGSON, en nota al pie 78, subraya la diferencia con decisiones en otras materias, en las que el Tribunal de Justicia se refiere claramente a derechos subjetivos de los particulares.

la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que resultan del Reglamento Bruselas I para los Estados miembros y las personas interesadas<sup>45</sup>.

**51.** Excepcionalmente, en el marco de secciones especiales del Reglamento, el Tribunal alude a un “derecho” a entablar una acción ante los tribunales de determinado Estado, o a un “privilegio jurisdiccional”, cuyo objeto es proteger al litigante “débil”<sup>46</sup>. En ningún momento indica que se trate de una posición cualificada que quepa hacer valer por vía de acción contra la otra parte<sup>47</sup>. Al menos hasta hoy, no cabe decir algo diferente tampoco en relación con ningún otro precepto, en particular con el artículo 25, sobre cláusulas de elección de foro. La idea de un derecho a no ser demandado fuera del lugar pactado sí aparece, en cambio, en una decisión del Tribunal de la EFTA, donde la premisa - esto es, que el acuerdo es creador de tal derecho - no se discute<sup>48</sup>.

**52.** La falta de referencia a derechos y obligaciones de los particulares con efecto horizontal es coherente con una interpretación del Reglamento n° 1215/2012 realizada a la luz de los cánones habituales, y sumando los principios generales que se deducen del conjunto de los sistemas jurídicos nacionales:

- La génesis del documento ya ha sido explicada, y con ella, su objetivo de ordenar el ejercicio de la jurisdicción de los Estados miembros a través de reglas de competencia uniforme.
- Desde un punto de vista sistemático, el instrumento pertenece al conjunto de los elaborados al amparo del artículo 81, apartado 2 TFUE, para la cooperación judicial, a los que es también ajena, como norma, la creación de derechos y obligaciones entre los particulares<sup>49</sup>.
- En cuanto al texto, dejando a un lado ahora el del artículo 4 - su redacción fue uno de los argumentos de MG en la disputa ligada al asunto C-943/16, por lo abordado luego-, y con el *caveat* de que las diferencias lingüísticas en este punto son aptas desde luego para restar valor al argumento literal, cabe subrayar que expresiones del tenor “las personas (...) solo podrán ser demandadas”<sup>50</sup>, que tal vez cabría entender como indicativas de una relación horizontal entre las partes<sup>51</sup>, coexisten con otras como “En materia de (...), se determinará la competencia con arreglo a las disposiciones de la presente sección”<sup>52</sup>, donde es claro que es

<sup>45</sup> Por ejemplo, entre otras muchas, sentencias de 23 de octubre de 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines* (C302/13, EU:C:2014:2319) apartado 24; de 22 de octubre de 2015, *Aannemingsbedrijf Aertssen y Aertssen Terrasements* (C523/14, EU:C:2015:722) apartado 20; de 7 de julio de 2016, *Lebek* (C70/15, EU:C:2016:524), apartado 32.

<sup>46</sup> Por ejemplo, en las sentencias de 21 de junio de 1978, *Bertrand* (150/77, EU:C:1978:137), apartados 11 y 21; de 13 de julio de 2000, *Group Josi* (C412/98, EU:C:2000:399), apartado 39; de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse* (C347/08, EU:C:2009:561), apartado 31.

<sup>47</sup> Si bien es cierto que tampoco ha indicado lo contrario. Sobre este punto véase infra, bajo el apartado VI.

<sup>48</sup> STJUE de 25 de abril de 2012, *Granville Establishment*, as. E-13/11. Estaba en juego el carácter discriminatorio de una disposición de la ley procesal de Liechtenstein conforme a la cual los requisitos formales de las cláusulas de elección de foro son distintos según que la elección recaiga sobre tribunales locales, o remita a una jurisdicción extranjera.

<sup>49</sup> La búsqueda de la expresión “derechos y obligaciones” en la interpretación de otros instrumentos por el Tribunal de Justicia, referida al contenido de los mismos, arroja un resultado prácticamente nulo. La STJUE de 22 de noviembre de 2018, *ZSE Energia a.s* (C-627/17, EU:C:2018:941), sobre el Reglamento 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 2007, L 199, p. 1), la emplea en su apartado 26 al definir el concepto de “parte”, para negar que lo sean terceros como, por ejemplo, una parte coadyuvante. Pueden encontrarse excepciones: el n° Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DO 2014, L 189, p. 59), crea un derecho de indemnización de una parte frente a la otra, como mecanismo para lograr el adecuado equilibrio entre acreedor y deudor y evitar el uso abusivo de la orden de retención (considerando décimo noveno y artículo 13).

<sup>50</sup> Artículo 5, apartado 1. En los artículos 7 y 8 se lee “Una persona domiciliada en un Estado miembro [también] podrá ser demandada”.

<sup>51</sup> Quizá, más que de derechos y obligaciones, habría que hablar de privilegios e inmunidades, usando la taxonomía ya clásica de W. N. HOHFELD, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, 2013, pp. 16-59.

<sup>52</sup> Esta fórmula introduce las secciones 3, 4 y 5 del capítulo II. Véase también el artículo 6, apartado 1.

objeto de las reglas regir la competencia judicial internacional. Cabe defender, por lo tanto, que se trata de expresiones intercambiables<sup>53</sup>.

53. Finalmente, esta es la única interpretación compatible con los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos de los veintisiete Estados miembros de la Unión. Aun admitiendo que el rol de estos principios como elemento de la interpretación autónoma de los instrumentos de Derecho procesal civil europeo es incierto - aparecen y desaparecen del discurso del Tribunal de Justicia sin mayor explicación<sup>54</sup>-, en un caso como este, donde el posicionamiento general es prácticamente unívoco, traerlos a colación es ajustado. Con el Reino Unido fuera de la Unión Europea, un derecho a no ser demandado en el extranjero derivado de una norma procesal es desconocido en los Estados miembros, incluso cuando las mismas partes han limitado por acuerdo sus posibilidades de litigar a un determinado foro. En las decisiones recientes<sup>55</sup> que han adoptado medidas equivalentes a las anti-suit injunctions en Francia y en Alemania en relación con demandas planteadas en un Estado tercero, el fundamento es sustantivo, y no procesal<sup>56</sup>. Sobre la acción para reclamar lo pagado en concepto de defensa legal por violación de un acuerdo de elección de foro, en Estados miembros de tradición civilista se ha admitido solo últimamente, tras un proceso entablado en un Estado no miembro, con apoyo en argumentos sustantivos<sup>57</sup>; en otras palabras, la vulneración de la norma procesal no sustenta la acción por daños de una parte frente a la otra.

### C. Un derecho subjetivo desprovisto de la tutela esencial

54. La interpretación de las reglas de competencia judicial del Reglamento como creadoras de derechos subjetivos del demandado (los derechos subjetivos como la “otra cara de la moneda” de tales reglas<sup>58</sup>) tropieza con un obstáculo radical: la tutela natural de tales derechos a través de órdenes de no incoar, o no persistir en una acción judicial en determinado foro en la Unión, es incompatible con el fundamento del sistema, y con el *modus operandi* que de él deriva.

55. Como ha indicado el Tribunal de Justicia reiteradamente, el Convenio de Bruselas y los Reglamentos se basan en la confianza que los Estados contratantes otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus respectivas instituciones judiciales<sup>59</sup>. Inherente a ella es que las normas de competencia

<sup>53</sup> La ambigüedad de las reglas puede ser sin embargo un argumento para aventurar otra interpretación posible: véase infra, bajo el apartado VI.

<sup>54</sup> Ejemplos de utilización es la STJUE de 23 de octubre de 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines* (C302/13, EU:C:2014:2319), apartado 24, y recientemente, la de 7 de mayo de 2020, *Rina* (C641/18, EU:C:2020:349), apartado 30.

<sup>55</sup> En 2003, la *Cour de Cassation* francesa aprobó una decisión del Tribunal de Apelación de Versalles que prohibía a un acreedor individual iniciar un procedimiento de embargo de bienes del deudor quebrado en España, y ello, porque hacerlo pondría en riesgo el procedimiento (universal) de insolvencia en curso en Francia. La medida defiende, pues, un principio básico de la insolvencia. Véase *Banque Worms c. Époux Brachot*, *Cour de Cassation, Ire chambre civile*, de 19 de noviembre de 2002 (*pourvoi* n° 00-22.334).

<sup>56</sup> Se trató en todos los casos de medidas de reacción contra otra anti-suit, tendente a impedir el proceso ante un tribunal europeo. En Francia : *In Zone Brands Europe, Cour de Cassation, Ire chambre civile*, de 14 de octubre de 2019, (*pourvoi* 08-16369) ; *Ordonnance du Président du TGI de Paris- RG n° 19/59311*, de 8 de noviembre de 2019; *Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 16*, de 3 de marzo de 2020. En Alemania : *Landesgericht München*, 11 de julio de 2019, 21 O 9333/19 (traducción inglesa no oficial aquí: <https://www.katheraugenstein.com/wp-content/uploads/2019/12/EN-21-O-9333-19.pdf>; para pronunciar la orden el tribunal argumentó un fundamento legal sustantivo, en el § 227 BGB); *Oberlandesgericht München*, 12 diciembre 2019, 6 U 5042/19, y nota de N. KESSLER, C. PALZER, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte*, 2020, pp. 169-171. El tribunal apoyó la medida en la necesidad de defender al demandante en Alemania, contra quien se había dictado una anti-suit injunction en EEUU: a su juicio, esta última le impediría ejercitar su derecho, constitucionalmente protegido, a defender la patente ante los tribunales. Una traducción no oficial al inglés puede encontrarse aquí: <http://eplaw.org/wp-content/uploads/2019/12/DE-AASI-HRC-Munich-6-U-5042-19-EN.pdf>.

<sup>57</sup> Al amparo del § 280 BGB: Sentencia del Bundesgerichtshof de 17 de octubre de 2019 – III ZR 42/19.

<sup>58</sup> En expresión de J. SCHRÖDER, “The right not to be sued abroad”, en *Festschrift für G. Kegel*, Verlag W. Kohlhammer, 1987, p. 524.

<sup>59</sup> STJUE de 9 de diciembre de 2003, *Gasser* (C116/02, EU:C:2003:657), apartado 72.

judicial internacional, comunes a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes, puedan ser interpretadas y aplicadas con la misma autoridad por cada uno de ellos<sup>60</sup>. Una orden conminatoria del tipo “anti-suit” conlleva una valoración, por el juez de un Estado miembro, de la pertinencia de iniciar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. Esta valoración es contraria al principio de confianza mutua y, por lo tanto, inadmisibles. La orden es apta, además, para sustraer al juez ante el que se ha planteado la demanda la ocasión de realizar un examen de su propia competencia, a lo que viene obligado por el artículo 28 del Reglamento n° 1215/2012, garantizando la protección del demandado que, domiciliado en un Estado miembro distinto, no comparezca. Este control es imperativo incluso si el demandado ha sido debidamente notificado, e independiente de su cualidad de parte débil. En la misma línea, el artículo 27.

56. Resulta de lo anterior que, en el seno de la Unión, el derecho a ser demandado en el propio domicilio, de existir, sería un derecho “sin dientes”, en tanto que desprovisto del mecanismo esencial de protección. La falta de la garantía jurisdiccional típica habla en contra de entender que las reglas de competencia confieren al demandado un derecho subjetivo frente al actor<sup>61</sup>.

### 3. En particular: el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012

57. La primera disposición del capítulo II del Reglamento n° 1215/2012 es el artículo 4, apartado 1, que declara la sujeción de toda persona domiciliada en un Estado miembro a los órganos jurisdiccionales del mismo, sin perjuicio de otras previsiones del Reglamento. Los razonamientos que he expuesto para las reglas del capítulo II del Reglamento n° 1215/2012 se aplican también a este artículo: no presenta características que lo singularicen en el conjunto y permitan leer en él algo distinto (o adicional) a una norma sobre atribución de competencia<sup>62</sup>.

#### A. La historia

58. La incorporación al Convenio de Bruselas de una regla atributiva de competencia a los tribunales del domicilio del demandado no planteó dudas a los negociadores<sup>63</sup>. Se trataba de una solución reconocida en los seis primeros Estados miembros, así como en los veintisiete que, en la época, eran parte de la Conferencia de La Haya; y estaba consagrada, como regla de competencia indirecta, en los convenios existentes sobre reconocimiento y exequátur. Servía además a trasladar al ámbito internacional el adagio *actor sequitur forum rei*, generalizado en los procesos a nivel interno, en la convicción de que, si está justificado en este, encuentra aún mayor razón de ser en aquel<sup>64</sup>. En una de sus primeras decisiones sobre el Convenio, el Tribunal de Justicia explicó la regla en la preocupación por facilitar la

<sup>60</sup> Sentencias de 27 de junio de 1991, *Overseas Union Insurance y otros* (C351/89, EU:C:1991:279), apartado 23; *Gasser* apartado 48; y *Turner*, apartado 30.

<sup>61</sup> La cuestión de si otras formas de protección, en concreto una acción por daños, sería o no compatible con el sistema Bruselas, está aún por resolver. A mi juicio, una respuesta afirmativa requiere un análisis detenido, incluso cuando la regla de competencia en juego se base en el acuerdo entre las partes. Recuerdo en este sentido el argumento del Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de febrero de 2009, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali* (C185/07, EU:C:2009:69), apartado 31, rechazando una orden *anti-suit* porque impide al demandante que considera que un acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, el acceso al órgano jurisdiccional estatal ante el que hubiera acudido en virtud del Reglamento: de este modo se le priva de una forma de tutela judicial a la que tiene derecho. La posibilidad de verse condenado a indemnizar al demandado posee un potencial carácter disuasorio apto para producir el mismo efecto.

<sup>62</sup> Función que le reconocen por ejemplo las sentencias de 13 de julio de 2000, *Group Josi* (C412/98, EU:C:2000:399), apartado 39; de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse* (C347/08, EU:C:2009:561), apartado 31.

<sup>63</sup> G.A.L. DROZ, p. 53; Informe JENARD, p. 139. Sí hubo discusión acerca de si sería preferible la residencia habitual (Informe JENARD, pp. 135 y ss): la filosofía subyacente – el favor al demandado – sería en cualquier caso la misma.

<sup>64</sup> Informe JENARD, p. 139: “Efectivamente, es más difícil, hablando en general, defenderse ante los tribunales de un país extranjero que ante los tribunales de otra ciudad en el país del domicilio”.

defensa al demandado, en “contrapartida a las facilidades que el Convenio establece para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras”<sup>65</sup>.

59. Si la presencia de una preocupación por la “comodidad procesal” del demandado y su defensa no es discutible, nada en los trabajos relativos al Convenio en su primera versión o las subsecuentes, ni en sus preámbulos, apoya la hipótesis de que la (o una) finalidad del legislador fuera la de conferir al demandado domiciliado en un Estado miembro un derecho subjetivo frente al actor. El sistema contemplaba -como hace hoy- dos posibilidades al alcance del demandado frente a una acción planteada ante un tribunal incompetente, por no corresponder con su domicilio u otro de los foros del Convenio: comparecer e impugnar la competencia, en una lectura *a contrario* del artículo 18<sup>66</sup>; o no comparecer, en cuyo caso la garantía de que una persona con domicilio en otro Estado miembro solo sería demandada en alguno de los lugares previstos en el Convenio se encomendaba a los órganos jurisdiccionales en el artículo 20 del Convenio (el actual artículo 28 del Reglamento n° 1215/2012).

60. El contenido del artículo 2, apartado 1, del Convenio se ha mantenido inalterado a lo largo de las sucesivas versiones, así como en los Reglamentos, y no ha generado, en tanto que criterio de competencia, ninguna discusión particular.

## B. Literalidad del precepto

61. En la argumentación de la *Court of Appeal*, la existencia de un derecho a no ser demandado fuera del Estado miembro del domicilio se sustenta, ante todo, en la redacción del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, que en inglés es como sigue: “Subject to this Regulation, persons domiciled in a Member State *shall* [...] be sued in the courts of that Member State”<sup>67</sup>.

62. Resulta a todas luces precipitado deducir obligaciones y derechos entre las partes en un litigio a partir del tenor de una versión lingüística de una regla<sup>68</sup>, y ello, porque puede suceder que no coincida en alguna otra. Esto es lo que sucede aquí: la dicción del artículo 4 en español no expresa un imperativo dirigido al demandante, sino la sujeción del demandado a los tribunales del Estado miembro de su domicilio<sup>69</sup>.

63. Se añade a lo anterior que, aunque pudiera pensarse a primera vista que el artículo 4, por su tenor, enuncia una obligación del actor - correlativamente, crea un derecho a favor del demandado- la opinión cambia al leer la norma en su integridad en cualquier idioma. El primer lugar, el apartado 1 del artículo 4 salva otras disposiciones del Reglamento, de conformidad con las cuales una persona domiciliada en un Estado miembro puede también ser demandada en otros, en determinadas circunstancias<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> STJUE de 4 de julio de 1985, *AS-Autoteile Service* (C-220/84, EU:C:1985:302), apartado 15. Muy claras, las conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el mismo (no publicadas, EU:C:1985:246).

<sup>66</sup> Conforme al artículo 18 del Convenio, en el caso de demanda ante una jurisdicción incompetente, la comparecencia del demandado que no tuviera por objeto impugnar la competencia equivalía a una sumisión tácita.

<sup>67</sup> Énfasis añadido. En la misma línea, la versión portuguesa („[...]as pessoas domiciliadas num Estado-Membro devem ser demandadas [...] nos tribunais desse Estado-Membro“), o la alemana („Vorbehaltlich der Vorschriften dieser Verordnung sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen“).

<sup>68</sup> Véase ya la STJUE de 12 de julio de 1979, *Koschniske* (C-9/79, EU:C:1979:201), apartado 6; y en el marco del Reglamento n° 44/2001, entre otras, la de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse* (C347/08, EU:C:2009:561), apartado 26.

<sup>69</sup> “[...] Las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”. Cerca, las versiones francesa e italiana: “[...] les personnes domiciliées sur le territoire d’un État membre sont attirées [...]”; “[...] le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute [...]”

<sup>70</sup> Véase epígrafe siguiente, sobre la relación sistemática entre los foros, y la traducción en la práctica del carácter de principio del criterio que recoge el artículo 4, apartado 1.

En segundo término, el apartado 1 del artículo 4 no es separable del apartado 2 del mismo artículo, que solo puede entenderse como instrucción destinada a los tribunales de los Estados miembros<sup>71</sup>: la apariencia de un derecho de origen legal provocada por la norma es, en realidad, un espejismo<sup>72</sup>.

64. No existe, en fin, ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia a propósito del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, o de sus precedentes, que apunte a una comprensión del texto como fundamento de un derecho individual de las personas con domicilio en la Unión, en razón de su literalidad. La interpretación del artículo 4, apartado 1, no ha dado lugar a especiales dificultades; en las decisiones del Tribunal de Justicia el precepto es habitualmente, sin más, un referente sistemático que, como “regla” o “principio” sirve a delimitar el alcance de otros criterios, atributivos como él de competencia judicial internacional<sup>73</sup>.

### C. Objeto y finalidad de la norma, y lugar en el sistema

65. El artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, sirve a la atribución de competencia judicial a órganos jurisdiccionales accesibles al demandado, con el fin de garantizar su derecho de defensa. El precepto traduce en su articulado el principio, recogido en el preámbulo, de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado<sup>74</sup>. De ahí su relación con el resto de las reglas de competencia, que, en tanto que derogatorias del principio, son de excepción.

66. Una comprensión del artículo 4, apartado 1, en tanto que obligación del actor, y correlativamente, derecho del demandado, no es conciliable, sin embargo, con las posibilidades que abren a aquel, entre otros<sup>75</sup>, los foros de competencia especial. A lo largo de los años, el Tribunal de Justicia ha determinado la relación entre estos foros y el del domicilio del demandado: ha sentado una regla de alternatividad perfecta entre ellos, y reconocido al demandante, en exclusiva, la opción sobre dónde litigar<sup>76</sup>. La primacía del artículo 4, apartado 1, sobre los otros criterios de competencia se traduce exclusivamente en la interpretación estricta del alcance de estos últimos en relación con la Litis: a diferencia de ellos, el artículo 4, apartado 1, faculta al demandante para plantear *todos* los aspectos de su demanda ante un solo tribunal<sup>77</sup>.

67. La naturaleza de principio del artículo 4, apartado 1, no altera tampoco el juego normal de las reglas del Reglamento sobre litispendencia o conexidad<sup>78</sup>: en caso de dualidad de procesos ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros, prevalece el que ha sido llamado a conocer en primer lugar, y ello aunque la competencia del segundo se aprobe en el foro del domicilio del demandado.

<sup>71</sup> “Persons who are not nationals of the Member State in which they are domiciled shall be governed by the rules of jurisdiction applicable to nationals of that Member State”. Este giro del texto es claro también en otros idiomas, a diferencia de lo que ocurre con el apartado 1 del artículo 4.

<sup>72</sup> A. DICKINSON, p. 471.

<sup>73</sup> Entre las sentencias más antiguas, véase la de 22 de noviembre de 1978, *Somafer* (33/78, EU:C:1978:205), apartado 7; entre las más recientes, la de 25 de enero de 2018, *Schrems*, (C498/16, EU:C:2018:37), apartado 43. Esto vale también cuando la competencia tiene carácter exclusivo: STJUE de 17 de diciembre de 2015, *Komu y otros* (C605 /14, EU:C:2015:833), apartado 24, y las que cita.

<sup>74</sup> Considerando décimo quinto.

<sup>75</sup> Otras posibilidades resultan de convenios internacionales entre los Estados miembros y Estados terceros: conforme al artículo 71, apartado 2, letra a), un Estado miembro que sea parte de un convenio sobre una materia especial pueda fundamentar su competencia en dicho convenio, aunque el demandado esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro que no sea parte del mismo.

<sup>76</sup> La jurisprudencia es constante: sentencias de 30 de noviembre de 1976, *Bier* (21/76, EU:C:1976:166), apartado 11; de 26 de mayo de 1982, *Ivenel* (133/81, EU:C:1982:199), apartado 11; de 11 de enero de 1990, *Dumez France y Tracoba* (C220/88, EU:C:1990:8), apartado 17; de 7 de marzo de 1995, *Shevill y otros* (C-68/93, EU:C:1995:61) apartado 19; auto de 14 de noviembre de 2013, *Krejci Lager & Umschlagbetrieb* (C469/12, EU:C:2013:788), apartado 20.

<sup>77</sup> STJUE de 27 de octubre de 1998, *Réunion européenne y otros* (C51/97, EU:C:1998:509), apartado 51.

<sup>78</sup> Artículos 29 y 30. Compárese con el artículo 31, apartados 1 y 2, para el caso de la prórroga de competencia por virtud de una cláusula atributiva de competencia exclusiva a favor de un Estado miembro.

68. La violación del artículo 4, apartado 1, del Reglamento, no justifica la denegación del reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro de la decisión pronunciada, ni siquiera cuando el criterio de competencia en que se basó el juez de origen es uno de los exorbitantes<sup>79</sup>.

69. La trascendencia del domicilio del demandado como criterio de competencia es, en definitiva, relativa, lo que refuerza la opinión contraria a una comprensión de la norma como atributiva de un derecho (tampoco, de un privilegio<sup>80</sup>) individual a las personas con domicilio en la Unión a ser demandadas ante los tribunales de su domicilio.

#### D. Demanda ante los órganos jurisdiccionales de un Estado tercero

70. Mi opinión sobre la ausencia de derechos subjetivos resultantes de las reglas de competencia del Reglamento n° 1215/2012, con carácter general; y de un derecho a ser demandado en el domicilio, derivado del artículo 4, apartado 1, en particular, no es, en principio, distinta cuando la acción contra el sujeto domiciliado en la Unión se plantea en un tercer Estado.

71. El Reglamento n° 1215/2012 pertenece al conjunto de medidas que la Unión puede adoptar en el contexto de la cooperación judicial entre los Estados miembros, en particular cuando lo estima preciso para el buen funcionamiento del mercado interior<sup>81</sup>. Esta orientación funcional determinó la adopción del Convenio de Bruselas de 1968<sup>82</sup>, y se mantuvo en el Reglamento n° 44/2001<sup>83</sup>.

72. Es cierto que, en lo que respecta a su ámbito de aplicación territorial, el Reglamento no pretende unificar las reglas de competencia de los Estados miembros sólo para los litigios que se susciten dentro de la Unión. Situaciones con un elemento de extranjería que implique a Estados terceros son aptas para dar lugar a cuestiones sobre la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de Estados miembros, a las que el Reglamento debe aplicarse porque las disparidades entre las legislaciones nacionales existentes en la materia podrían crear obstáculos al funcionamiento del mercado interior<sup>84</sup>.

73. Estas consideraciones, que admiten “externalidades” del régimen de competencia judicial de la Unión, afectan exclusivamente a los órganos jurisdiccionales a los que este vincula<sup>85</sup>. No se trata, en definitiva, de imponer reglas de competencia sobre Estados no miembros (para lo que la Unión Europea sería, sobra decirlo, incompetente), ni de regular a través de ellas la conducta procesal de las personas en el extranjero.

<sup>79</sup> Artículo 45, apartado 3.

<sup>80</sup> Que se traduciría, por ejemplo, en una relación jerárquica entre el foro previsto en el artículo 4, apartado 1, y el artículo 7.

<sup>81</sup> Considerandos tercero, cuarto y quinto.

<sup>82</sup> Véase la Nota dirigida el 22 de octubre de 1959 por la Comisión de las Comunidades Europeas a los Estados miembros con objeto de invitarles a entablar negociaciones al amparo del artículo 220, cuarto guión, del TCE, reproducida en el Informe JENARD, p. 125.

<sup>83</sup> En el marco del objetivo más amplio, que expresa su considerando primero, de “mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas”.

<sup>84</sup> En relación con el Convenio de Bruselas, STJUE *Owusu*, apartado 34, y ya antes, la STJUE de 13 de julio de 2000, *Group Josi* (C412/98, EU:C:2000:399), sobre la irrelevancia del domicilio del demandante fuera de la UE; para el Reglamento n° 44/2001, STJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia* (C154/11, EU:C:2012:491), apartado 33, apartado 66 y dispositivo. Véase también el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03, de 7 de febrero de 2006 (Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), (EU:C:2006:81), apartados 139 y ss.

<sup>85</sup> Los instrumentos europeos influyen también sobre la aplicación de las normas en convenios que vinculan a los Estados miembros con terceros Estados, que queda excluida si menoscaba los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión Europea: véase la STJUE de 4 de septiembre de 2014, *Nickel & Goeldner Spedition* (C157/13, EU:C:2014:2145), apartado 38 y ss. Tal consecuencia, sin embargo, solo se impone sobre los Estados miembros de la Unión partes del Convenio de que se trate, y no sobre los demás contratantes.

74. La preocupación por asegurar la tutela de los derechos en situaciones que involucraran a particulares vinculados a la Unión fue una cuestión de debate al hilo de la refundición del Reglamento n° 44/2001. Ahora bien, se examinó con miras a ampliar el acceso a los tribunales de los Estados miembros<sup>86</sup>, y no a impedir que fueran demandados en un Estado tercero<sup>87</sup>.

75. Existen, además, signos claros de que el Reglamento n° 1215/2012 no protege a las personas domiciliadas en la Unión frente a eventuales demandas fuera de ella. Por el contrario, la posibilidad está implícitamente contemplada: lo demuestra que, como ya sucedía bajo el Convenio de Bruselas y el Reglamento n° 44/2001, el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de una decisión dictada en otro puede ser bloqueada por inconciliabilidad con la resolución de un Estado tercero, relativa a las mismas partes en un litigio con el mismo objeto y la misma causa, que reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido<sup>88</sup>.

76. El artículo 33 del Reglamento n.º 1215/2012, sin parangón en los instrumentos previos, autoriza a los Estados miembros a suspender un procedimiento ante ellos si existe previamente una demanda pendiente ante un órgano jurisdiccional de un tercer Estado con el mismo objeto, la misma causa y las mismas partes. Esta facultad, que se completa con la obligación de poner fin al procedimiento si el órgano jurisdiccional extranjero alcanza una decisión susceptible de ser reconocida, no juega si la competencia del órgano de la Unión se basa en determinados criterios, entre los que no se encuentra el domicilio del demandado<sup>89</sup>.

77. Entiendo, a la luz de lo anterior, que el Reglamento n° 1215/2012 no condena como tal el “fórum shopping”, esto es, la búsqueda por el demandante de una competencia judicial internacional que resulte más favorable para sus pretensiones que el foro del domicilio del demandado, amparado en la falta de uniformidad jurídica de los sistemas de derecho internacional privado<sup>90</sup>.

## VI. Excepcionalmente, ¿otra lectura?

78. Indiqué al explicar mi planteamiento que no excluyo la posibilidad de una lectura distinta, o la oportunidad de una solución diferente a la expuesta en los epígrafes precedentes, en algún caso. Me

<sup>86</sup> La Comisión sugirió eliminar el requisito de domiciliación del demandado, extendiendo así el ámbito de aplicación del Reglamento: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2010) 748, p. 3. No prosperó, excepto para las secciones dedicadas a contratos de consumo y trabajo: véanse los artículos 18, apartado 1, y 21, apartado 2.

<sup>87</sup> En realidad, el camino en este sentido es la vía convencional. La voluntad de extender la protección de personas domiciliadas en la Comunidad a otros países con vínculos particulares en el ámbito económico se plasmó en la celebración del Convenio de Lugano 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1988, L 319, p. 9). Los Estados miembros han ratificado en nombre de la Unión convenios sobre competencia judicial para litigios con elementos transfronterizos (véase la Decisión 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, DO 2014, L 353, p. 5). Hoy, la Unión se mantiene activa en el ámbito de las relaciones exteriores participando en las negociaciones de instrumentos internacionales.

<sup>88</sup> Artículo 45, apartado 1, letra d. Es indiferente que hayan sido dictadas contra un demandado domiciliado en la Unión, o fuera de ella.

<sup>89</sup> El artículo 34 contempla una regla similar, aunque no idéntica, para demandas conexas.

<sup>90</sup> La solución es diferente en otros supuestos: por ejemplo, si existe desigualdad entre las partes de un litigio en relación con la defensa de sus intereses respectivos - véase la opinión del abogado general Ruiz-Járabo Colomer presentada el 6 de septiembre de 2005 en el asunto *Staubitz-Schreiber* (C1/04, EU:C:2005:500), apartado 71 y ss, en relación con el artículo 3, apartado 1, primera frase, del Reglamento n° 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. El fórum shopping es también condenado *a priori* por razón de la materia: véase el considerando trigésimo del Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios (DO 2002, L 3, p. 1). En la misma línea, el apartado VI a continuación.

referiré en particular a aquel en que el demandado fuera de su domicilio es una parte débil en la relación jurídica (y, por ende, en el litigio)<sup>91</sup>.

## 1. Un derecho de las “partes débiles”, dotado de eficacia horizontal mediata en la Unión

**79.** No es fácil defender que las disposiciones del capítulo II del Reglamento n° 1215/2012 son algo más que reglas para la distribución de competencia. Y, sin embargo, he expuesto más atrás cómo el Tribunal de Justicia utiliza los términos “derechos” y “obligaciones” en relación con alguna de las secciones especiales, sin precisar frente a quién existe el derecho, o la obligación. Como explica la doctrina, cabría argumentar que el “derecho” es frente a la administración de justicia; más complicado es convencer de esto mismo en relación con la obligación<sup>92</sup>.

**80.** He señalado también que en estas secciones coexisten expresiones que parecen apuntar a una relación horizontal entre las partes, y otras que muestran como objeto de las reglas regir la competencia judicial internacional<sup>93</sup>. Sostener, como hice allí, que son intercambiables, no aclara en qué sentido: en otras palabras, tanto cabría decir que todas son, exclusivamente, reglas de competencia, como que todas son (son también) reglas sobre derechos y obligaciones entre las partes. Así cabe leer, en la sección 3, el artículo 14, apartado 1, sobre la acción del asegurador y del profesional frente a la parte débil: “la acción del asegurador solo podrá ser ejercitada ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el demandado (...)”. Lo mismo, en la sección 4, el artículo 18, apartado 2: “La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo podrá interponerse (...)”; y la referencia a la acción del empresario, en la sección 5: “Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores (...)”.

**81.** A la luz de lo anterior, no me parece de todo punto imposible argumentar – y concluir, como hizo la *Court of Appeal* inglesa en los asuntos *Samengo-Turner* y *Petter*<sup>94</sup>– que, de forma excepcional, determinados preceptos del Reglamento n° 1215/2012 podrían ser, además de distributivos de la competencia judicial internacional entre los Estados miembros, atributivos de derechos a ciertos particulares. Que esta no fuera la intención original del Convenio de 1968, y no se encuentre tampoco en la negociación de los instrumentos que siguen, no es un obstáculo imposible de superar: todo texto ha de adaptarse a nuevas necesidades que aparecen con el transcurso del tiempo, so pena de ser derogado.

**82.** En el seno de la Unión Europea, entender que los artículos 14, apartado 2, 18, apartado 2, y 22, apartado 1, del Reglamento, confieren un derecho a la parte débil e imponen una obligación al profesional o empleador, es un paso que sigue sin trauma excesivo a la materialización (incorporación de valores materiales) de los foros de competencia. Ahora bien, desde el punto de vista de la tutela del derecho, si su infracción se produce en la Unión, no cambia nada: medidas del tipo anti-suit seguirían sin tener sitio en el sistema; y no es seguro que una garantía jurisdiccional a través de la acción por daños no sea incompatible con él<sup>95</sup>. En realidad, quizá haya que admitir que, en la Unión, los derechos subjetivos derivados de reglas de competencia, de existir, no reciben protección por medio de los mecanismos propios del tráfico jurídico privado, sino de forma mediata<sup>96</sup>: el derecho se hace efectivo en las relaciones de los particulares a través de los órganos del Estado; desde esta perspectiva podrían explicarse el artículo 26,

<sup>91</sup> No significa que no puedan existir otros. La limitación a las secciones sobre partes débiles se debe sin más a que el punto de partida de las elucubraciones sobre el tema tienen su origen en las sentencias *Samengo-Turner* y *Peters* de la *Cour of Appeal*, a propósito de contratos de trabajo.

<sup>92</sup> Como indica también I. BERGSON, p. 369.

<sup>93</sup> *Supra*, bajo el apartado IV, 2, B.

<sup>94</sup> *Id. loc.*

<sup>95</sup> *Supra*, nota al pie 61.

<sup>96</sup> Salvando las (notables) distancias, se trataría de una situación similar a la que describen las teorías de la *mittelbare Drittwirkung* y la asunción judicial para los derechos fundamentales.

apartado 2, del Reglamento<sup>97</sup>, así como el mandato de denegar el reconocimiento o la ejecución, a petición de la parte interesada, en caso de conflicto entre una resolución y el capítulo II, secciones 3, 4 o 5, en el supuesto de que el demandado sea el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, a tenor del artículo 45, apartado 1, letra e, i).

## 2. Un derecho de las “partes débiles”, canal para el respeto de otras reglas

### A. Las reglas de competencia como garantía de reglas de fondo

83. En relación con demandas entabladas contra partes débiles fuera de la Unión Europea, entender que las disposiciones de las secciones 3, 4 y 5 del Reglamento n° 1215/2012 confieren derechos a una parte frente a la otra encuentra refuerzo en la exclusión de tales secciones de los artículos 33 y 34. Dicha lectura posee un valor añadido: es una fórmula para garantizar el respeto (por la vía de la aplicación) de normas materiales que lo reclaman para el ámbito internacional, incluso más allá de los límites geográficos de la Unión<sup>98</sup>; en tal circunstancia, debe ser un juez de la Unión el que conozca del pleito. Así pues, a través de criterios de competencia concebidos para relaciones en que una parte es estructuralmente débil no solo se daría protección procesal a dicha parte: se aseguraría además la aplicación de legislación material de la Unión informada igualmente por objetivos de protección u otros de interés general. Dado que el Reglamento no regula el (no)reconocimiento de decisiones procedentes de terceros Estados, no es posible articular desde él mismo una reacción contra una sentencia que atente contra aquellos objetivos. En este contexto, reconocer en la regla atributiva de competencia un derecho individual de la parte débil a no ser demandado en un Estado tercero contra el actor en dicha demanda, que se traduzca en la facultad de paralizar o poner fin al proceso allí entablado, sería una interpretación al servicio de la normativa sustantiva de la Unión<sup>99</sup>.

### B. Tutela del derecho vulnerado en un Estado tercero a través de una anti-suit injunction

84. En el as. C-946/19, la *Court of Appeal* preguntaba si, para el caso de que el artículo 4 del Reglamento confiriera un derecho directamente exigible, y este fuera vulnerado por un procedimiento iniciado en un tercer Estado, existe una obligación de los Estados miembros de proporcionar un remedio, incluida la concesión de una anti-suit injunction. La cuestión vale también si se estima que el Reglamento n° 1215/2012 crea un derecho a favor de las personas domiciliadas en Estados miembros, que las protege frente a ser demandas en un Estado tercero, en tanto que partes débiles.

85. La respuesta debe tener en cuenta lo que sigue:

— A falta de normativa uniforme corresponde a cada Estado miembro garantizar la salvaguarda de derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, configurando el procedi-

<sup>97</sup> Conforme al cual “En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no”.

<sup>98</sup> Dicho de otro modo, el objetivo regulatorio de la norma sustantiva no podrá lograrse, o no óptimamente, si no se acompaña tal norma de otras de procedimiento que garanticen su aplicación efectiva. En sectores donde el carácter transfronterizo de la actividad es la regla, y la norma material tiene vocación de aplicación (o de producir su efecto) extraterritorial, asegurar su eficacia pasa por acompañarla de criterios adaptados de competencia judicial internacional y para la determinación de la ley aplicable.

<sup>99</sup> No se trata de una proposición desconocida. Por ejemplo, en sus conclusiones de 11 de diciembre de 2014 en el as. C-352/13, *CDC* (EU:C:2014:2443), apartado 27, el abogado general Jääskinen defendía la idea de poner el Derecho procesal al servicio del material en relación con el artículo 101 TFUE, en el mercado interior. La analizo para la normativa europea de protección de datos personales en M. REQUEJO ISIDRO, “La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679”, *La Ley Mercantil*, n° 42 (diciembre), 2017, p. 1.

miento al efecto. La regulación procesal de esta tutela no debe ser menos favorable que la de los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia), ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)<sup>100</sup>.

- El objetivo del Reglamento n° 1215/2012 no es la armonización de los Derechos procesales de los Estados miembros. Como indicó el Tribunal de Justicia muy pronto, tratándose de reglas procesales procede remitirse a las reglas nacionales del órgano jurisdiccional<sup>101</sup>; su aplicación no puede, sin embargo, menoscabar la eficacia del Reglamento<sup>102</sup>.

**86.** A la luz de lo que precede, cabe afirmar, a partir de la premisa de que existe un derecho a ser demandado en el propio domicilio en la Unión, que los Estados miembros deben proporcionar una vía de recurso en caso de vulneración consistente en plantear la demanda en un Estado tercero; y que es decisión de cada Estado miembro que tal vía consista en una anti-suit injunction, o se lleve a cabo de otra forma. En abstracto, no hay razones para pensar que la normativa nacional relativa a una anti-suit injunction no pueda ser aplicada en consonancia con los principios de equivalencia o efectividad. Tampoco, para pensar que una medida anti-suit pone en peligro el efecto útil del Reglamento n° 1215/2012. A diferencia de lo que sucedía en los asuntos resueltos por las sentencias *Turner* y *Allianz*, en el escenario presente la medida no estaría dirigida contra el demandante en un Estado miembro, por lo que no impedirá a los órganos jurisdiccionales de uno de ellos ejercer las competencias atribuidas en virtud del Reglamento<sup>103</sup>. Una medida anti-suit contra no afectaría tampoco a otras disposiciones del instrumento, obstaculizando su aplicación. Por lo que se refiere, en particular, a las relativas a litispendencia y conexión previstas en los artículos 33 y 34 para situaciones que involucran a órganos jurisdiccionales de Estados miembros y de Estados terceros, son reglas facultativas, y además inaplicables si están en juego las secciones 3, 4 y 5 del Reglamento. Por este motivo, pronunciar la orden conminatoria no resulta incompatible con ellas<sup>104</sup>.

## VII. Conclusión

**87.** La pregunta sobre si del Reglamento n° 1215/2012 se deriva un derecho a ser demandado en un determinado lugar no es banal. El acuerdo sobre el fondo entre Mandy Gray y Hamish Hurley, protagonistas del proceso que suscitó la cuestión prejudicial C-946/19, nos ha privado de obtener una respuesta (que se intuía, por lo demás, negativa). En las páginas precedentes he desarrollado argumentos en contra de una lectura de las reglas de competencia judicial del sistema Bruselas como constitutivas de derechos entre privados; he sugerido, no obstante, que otra lectura no es totalmente imposible, y que podría resultar oportuna. Es inevitable temer, a pocos días del final del período transitorio pactado con el Reino Unido para su salida ordenada de la Unión, y ante el cariz de las negociaciones<sup>105</sup>, que en un futuro próximo demandantes en la Unión serán blanco de medidas anti-suit en procesos sobre materias cubiertas por Reglamentos europeos. Una interpretación según la cual sí cabe leer en ellos – en algunas disposiciones– un derecho directamente exigible de una parte frente a la otra puede ser útil a fin de contrarrestar tales órdenes; y también, llegado el caso, para reforzar políticas legislativas con fuente en la Unión Europea, cuya efectividad aconseje que sean jueces de la Unión los que conozcan de litigios

<sup>100</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2019, *Aktiva Finants* (C433/18, EU:C:2019:1074), apartado 29.

<sup>101</sup> STJUE de 15 de mayo de 1990, *Hagen* (C365/88, EU:C:1990:203), apartado 17, 19.

<sup>102</sup> STJUE de 15 de mayo de 1990, *Hagen* (C365/88, EU:C:1990:203), apartado 20; STJUE *Turner*, apartado 29.

<sup>103</sup> STJUE de 10 de febrero de 2009, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali* (C185/07, EU:C:2009:69); apartados 24, 27, 28.

<sup>104</sup> Esto contrarresta también el argumento de la STJUE *Turner*, apartado 30, donde se había sostenido que la utilización de medidas anti-suit priva de eficacia a los mecanismos específicos previstos por el Convenio de Bruselas en caso de litispendencia y de conexión.

<sup>105</sup> Este trabajo se ha cerrado el 12 de diciembre de 2020.

en que tales políticas en juego. Paradójicamente, se da la razón de este modo a autores británicos, no especialmente pro-europeos, que en 2005 opinaron: “One wonders whether the antisuit-injunction of Common law systems is not something which other systems should adopt rather than something which English law should forget”<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> B. DOMANN QC, A. BRIGGS, “Learning to learn from others in Europe in commercial litigation”, en B. BACHMAN et al., *Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit - Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, pp. 161-173, p. 168.

# LE CORTI TEDESCHE ED IL REGOLAMENTO (CE) N. 4/2009 SULLE OBBLIGAZIONI ALIMENTARI

## GERMAN COURTS AND THE REGULATION (EC) N. 4/2009 ON MAINTENANCE OBLIGATIONS

GIOVANNA RICCIARDI

*Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università  
degli Studi di Milano-Bicocca*

Recibido: 14.12.2020 / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5973>

**Riassunto:** Il presente studio offre una panoramica sull'applicazione da parte delle corti tedesche del Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari e del Protocollo dell'Aia del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

Lo studio analizza le pronunce più significative relative ai profili di maggiore criticità nell'operatività di questi strumenti a (quasi) dieci anni dalla loro applicazione nell'Unione europea.

**Parole chiave:** Reg. n. 4/2009, competenza internazionale, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, Protocollo dell'Aia del 2007.

**Abstract:** The paper offers an overview on the application in the German courts of the Council Regulation (EC) n. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations and the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

The study analyses those judgments portraying the most significant difficulties of employment of these legal instruments almost ten years after their application in the European Union.

**Keywords:** Regulation (EC) n. 4/2009, jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions, 2007 Hague Protocol.

**Sommario:** I. Introduzione. II. La competenza giurisdizionale. III. L'*electio fori* e la proroga tacita di competenza. IV. La competenza sussidiaria ed il *forum necessitatis*. V. La giurisdizione per gli enti pubblici. VI. Il Protocollo dell'Aia del 2007. VII. Il coordinamento tra le fonti sulla legge applicabile. VIII. Il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione dei provvedimenti in materia alimentare. IX. Le disposizioni transitorie.

### I. Introduzione

1. Il Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari<sup>1</sup> si applica dal 18 giugno 2011 in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ad eccezione del Regno di

---

<sup>1</sup> In *G.U.U.E.* n. L 7 del 10.1.2009, in seguito Reg. n. 4/2009 o regolamento.

Danimarca.<sup>2</sup> Questo strumento, nato dall'esigenza di una disciplina organica in tema di obbligazioni alimentari, si inserisce nel processo di "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato di famiglia e mira ad assicurare la rapida circolazione delle decisioni in questo settore. La disciplina della legge applicabile è invece soggetta, per espresso rinvio del regolamento stesso, al Protocollo dell'Aia del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

Esso è entrato in vigore sul piano internazionale il 1° agosto 2013; tuttavia gli Stati dell'Unione europea ne hanno disposto, limitatamente ai soli rapporti interni,<sup>3</sup> un'applicazione anticipata al 18 giugno 2011,<sup>4</sup> per fare coincidere l'applicazione del Protocollo con quella del Reg. n. 4/2009.<sup>5</sup>

**2. L'ambito di applicazione *ratione materiae* del Reg. n. 4/2009** concerne, come indicato all'art. 1, tutte «le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità». È dunque esclusa l'applicazione della disciplina *de qua* alle prestazioni risarcitorie, successorie o concernenti il regime patrimoniale tra coniugi.<sup>6</sup>

Tuttavia il regolamento non offre una definizione della nozione di "obbligazione alimentare", la quale per espressa indicazione del considerando n. 11, deve essere interpretata «in maniera autonoma».<sup>7</sup> Questa soluzione è stata adottata al fine di evitare che il creditore subisca un trattamento differente a seconda del giudice di fronte al quale agisca, in quanto il concetto di "obbligazione alimentare" assume un significato diverso in ciascuno Stato membro. Per comprenderne quindi la portata, ci si deve riferire alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>8</sup> in vigore degli strumenti che hanno preceduto il regolamento,<sup>9</sup> coi quali sussiste un rapporto di continuità.<sup>10</sup> Pertanto, la nozione di obbligazione

<sup>2</sup> Il Regno di Danimarca, pur non partecipando al Reg. n. 4/2009, con lettera del 14 gennaio 2009 ha notificato alla Commissione la decisione di attuare il contenuto dello stesso nella misura in cui modifichi il Regolamento (CE) n. 44/2001 (cd. Reg. Bruxelles I). Di questa si dà atto nella *Comunicazione della Commissione Accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *G.U.U.E.* n. L 149 del 12.6.2009.

<sup>3</sup> Sulla posizione del Regno di Danimarca e Regno Unito cfr. *Protocollo (N.22) sulla posizione della Danimarca allegato al TFUE*, in *G.U.U.E.* n. C 326 del 26.10.2012 e *Protocollo (N.21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia allegato al TFUE*, in *G.U.U.E.* n. C 326 del 26.10.2012.

<sup>4</sup> A nome di tutti gli Stati Membri, in data 8 aprile 2010 l'Unione europea ha firmato il Protocollo dell'Aia del 2007 cfr. *Decisione del Consiglio 2009/941/CE del 30 novembre 2009, relativa alla conclusione da parte della Comunità europea del protocollo dell'Aia, del 23 novembre 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari*, in *G.U.U.E.* n. L 331 del 16.12.2009.

<sup>5</sup> F. C. VILLATA, «Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009», in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 734-735; M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari», in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 1051-1052.

<sup>6</sup> F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Roma, Aracne 2013, p. 68-72; F. C. VILLATA, *ivi*, p. 740-742; M. E. CORRAO, «Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 123-124.

<sup>7</sup> L'«interpretazione autonoma» delle nozioni di diritto dell'Unione europea rappresenta il modello prediletto dalla Corte di giustizia. Questo metodo svincola il diritto dell'Unione europea dagli schemi interpretativi nazionali e ne garantisce anche l'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri.

<sup>8</sup> Si richiamano, in particolare, Corte di giustizia 6 marzo 1980, *De Cavel c. De Cavel*, 120/79 e Corte di giustizia 27 febbraio 1997, *Van den Boogard c. Laumen*. 220/95. In quest'ultima, il giudice comunitario era stato chiamato a fornire una definizione del concetto di "obbligazione alimentare" richiamato nel criterio giurisdizionale dell'art. 5 n. 2 Convenzione di Bruxelles del 1968 (poi ripreso allo stesso articolo dal Reg. n. 44/2001). Ne era scaturita un'interpretazione piuttosto ampia, in quanto nel concetto vi rientravano tutte le obbligazioni finalizzate al sostentamento del creditore, determinate dal giudice o *ex lege*.

<sup>9</sup> Ci si riferisce in particolare alla Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, resa esecutiva in Italia con la legge 21 giugno 1971 n. 804, in *G.U.* n. C 27 del 26.1.1998 ed al Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.U.E.* n. L 12 del 16.1.2001. Quest'ultimo è entrato in vigore il 1° marzo 2002 con l'obiettivo di creare uno spazio giudiziario europeo caratterizzato da uniformi norme di giurisdizione, in grado di ridurre o eliminare gli ostacoli frapposti alla circolazione ed all'esecuzione delle decisioni straniere. Dal 10 gennaio 2015, il Reg. n. 44/2001 è stato sostituito dal Regolamento (UE) 1215/2012.

<sup>10</sup> Questo aspetto viene confermato nelle disposizioni del Reg. n. 4/2009. Il considerando n. 44 fa presente la necessità che il Reg. n. 4/2009 sostituisca le disposizioni del Reg. n. 44/2001 relative alle obbligazioni alimentari e che venga applicato in luogo di questi. Anche l'art. 75, concernente le disposizioni transitorie, salvo alcune eccezioni (vedi *infra* par. IX), stabilisce l'applicazione del Reg. n. 4/2009 in luogo del Reg. n. 44/2001 per i procedimenti instaurati a partire dal 18 giugno 2011. Il

alimentare che risulta dall'interpretazione del Reg. n. 4/2009 non coincide con quella adottata dai diversi ordinamenti nazionali in quanto, nella maggior parte dei casi, è più ampia e retta da presupposti distinti.<sup>11</sup>

Il regolamento non definisce neppure i rapporti dai quali scaturisce l'obbligazione alimentare, ma a tale lacuna non si può sopperire ricorrendo alla qualificazione autonoma. Ogni Stato membro ha infatti una visione molto distinta del concetto di "famiglia", inevitabilmente influenzato dalla storia e dalla cultura di ciascun Paese. Per questo motivo è necessario riferirsi alle scelte compiute dai legislatori dei singoli Stati membri, i quali determinano se un certo rapporto può includersi nelle categorie di cui all'art. 1 del regolamento.<sup>12</sup> Questa soluzione viene confermata dal regolamento stesso, il quale dichiara che l'accertamento del rapporto di famiglia su cui si fonda l'obbligazione alimentare è disciplinato dal diritto interno degli Stati membri (considerando n. 21).<sup>13</sup>

## II. La competenza giurisdizionale

3. Il primo profilo del presente lavoro concerne l'analisi dell'applicazione delle norme sulla competenza internazionale, quale regolata dal capo II del Reg. n. 4/2009, nelle corti tedesche. Dall'art. 3 all'art. 13 infatti, il regolamento disciplina la ripartizione della competenza in ipotesi di controversie alimentari internazionali, ponendo norme uniformi che prevalgono su quelle nazionali.<sup>14</sup>

Conformemente al considerando n. 12<sup>15</sup> queste norme saranno applicate anche dalle autorità amministrative quando esse adottano provvedimenti in materia alimentare.<sup>16</sup>

L'art. 3 attribuisce la competenza alle autorità giurisdizionali dello Stato (a) di residenza abituale del convenuto, (b) di residenza abituale del creditore, nonché alle autorità competenti a conoscere (c) un'azione relativa allo stato delle persone o (d) un'azione relativa alla responsabilità genitoriale in ipotesi di accessoria della questione alimentare e ad esclusione dei casi in cui la competenza sia unicamente fondata sulla cittadinanza di una delle parti. Risulta evidente l'abbandono del titolo di giurisdizione basato sul domicilio, come contemplato nel previgente Reg. n. 44/2001 e tutt'oggi nel Reg. n. 1215/2012,<sup>17</sup> a favore del criterio della residenza abituale, ormai tradizionale in ambito familiare.<sup>18</sup> Emerge altresì

---

Reg. n. 44/2001, come indicato dal suo considerando n. 19, garantisce la continuità con la Convenzione di Bruxelles del 1968.

<sup>11</sup> Nell'ordinamento italiano, ad esempio, il concetto di obbligazione alimentare si presenta da un lato più limitato in virtù dell'esclusione del mantenimento dalla disposizione di cui all'art. 433 c.c., e, dall'altro, più ampio in considerazione dell'inclusione della figura del donatario come potenziale debitore, non presente nel Reg. n. 4/2009 in quanto non collegabile al rapporto familiare cfr. I. VIARENGO, «Sulla disciplina degli obblighi alimentari nella famiglia e dei rapporti patrimoniali tra coniugi», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 827; F. POCAR, «La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009», in *Le nuove competenze comunitarie: obbligazioni alimentari e successioni*, a cura di M. C. BARUFFI, R. CAFARI PANICO, Padova, Cedam 2009, p. 5-6.

<sup>12</sup> Si tratta di una soluzione già adottata nel Protocollo dell'Aia del 2007 (vedi *infra* par. VI)

<sup>13</sup> F. ALBANO, «I concetti di "Obbligazione alimentare e di rapporti di famiglia"», in *Obbligazioni alimentari nelle controversie transfrontaliere: il recupero delle obbligazioni alimentari nelle controversie transfrontaliere ai sensi del regolamento 4/2009 del Consiglio*, a cura di L. SANGIOVANNI, Roma, Alpes 2014, p. 39-45; M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009» cit., p. 1060-1063; F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 807-810.

<sup>14</sup> I. VIARENGO, *ivi*, p. 825.

<sup>15</sup> Il quale dispone che: «Al fine di tener conto dei diversi modi di disciplinare le questioni relative alle obbligazioni alimentari negli Stati membri, il presente regolamento dovrebbe applicarsi sia alle decisioni giurisdizionali che alle decisioni emesse da autorità amministrative, purché queste autorità offrano garanzie in particolare circa l'imparzialità e il diritto di audizione delle parti. Tali autorità dovrebbero pertanto applicare tutte le norme del presente regolamento».

<sup>16</sup> F. F. GARAU SOBRINO, «Las fuentes españolas sobre obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 134; F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009» cit., p. 811.

<sup>17</sup> Il Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale è entrato in vigore il 10 gennaio 2015 ed ha sostituito il Reg. n. 44/2001, in *G.U.U.E.* n. L 351 del 20.12.2012. Il Regno di Danimarca, con lettera del 20 dicembre 2012, ha notificato alla Commissione la decisione di attuarne il contenuto; questo regolamento si applica pertanto anche alle relazioni fra l'Unione europea e la Danimarca.

<sup>18</sup> L'apertura al criterio della residenza abituale conferma una tendenza già accolta in seno alle convenzioni dell'Aia, nonché ai regolamenti comunitari tra cui Roma I, II e III. Tale criterio risponde al principio di prossimità ed asseconda le esigenze dei

chiaramente il principio del *favor creditoris*, stante la possibilità per il creditore di scegliere se instaurare la controversia nel luogo della propria residenza abituale o in quella del debitore. Viceversa, il debitore potrà agire in un unico foro, senza alcuna possibilità di scelta, in quanto il foro della residenza del convenuto (art. 3 lett. a), coincide con quello della residenza del creditore alimentare (art. 3 lett. b).<sup>19</sup>

Al fine di evitare che il debitore possa trarre vantaggio dalla previsione del suo foro, il regolamento introduce una limitazione alla sua azione processuale.

L'art. 8 dispone infatti che quando il giudice dello Stato di residenza del creditore abbia adottato una decisione, il debitore non possa instaurare una controversia per la modifica o l'ottenimento di una nuova pronuncia sugli alimenti di fronte ad un giudice di uno Stato membro diverso fino a quando il creditore continui ad avere la residenza abituale in quest'ultimo Stato.

La *ratio* alla base di una tale previsione, che di fatto realizza una sorta di *perpetuatio fori*, consiste nell'offrire uno strumento di protezione del creditore alimentare al fine di scongiurare comportamenti dilatori del debitore nello spazio giudiziario europeo.<sup>20</sup> Tuttavia, quando sia il creditore a spostare la sua residenza abituale, torneranno ad operare i principi generali di cui all'art. 3.<sup>21</sup>

**4. I criteri generali di competenza di cui all'art. 3 non sembrano avere creato particolari problemi applicativi in Germania.**

Qualche difficoltà è invece emersa, specie subito dopo l'entrata in vigore del regolamento, nell'applicazione dell'art. 8, forse causata dalla equivoca interpretazione della portata e della *ratio* alla base della *perpetuatio fori*.

In un risalente caso del 2012,<sup>22</sup> una causa per la modifica del mantenimento instaurata di fronte all'autorità tedesca che aveva originariamente disposto tale obbligo, nonostante la residenza abituale del creditore fosse mutata, ha consentito al giudice tedesco di precisare i presupposti per l'operatività dell'art. 8.

Il debitore, residente in Germania, chiede all'*Amtsgericht M.* la modifica della misura del mantenimento dovuto alla creditrice e posto a suo carico in fase di divorzio dalle autorità tedesche. La creditrice, residente in Spagna da diversi anni, contesta la competenza delle autorità tedesche a favore di quelle spagnole. In conformità all'art. 10 Reg. n. 4/2009, ai sensi del quale l'autorità giurisdizionale erroneamente adita per una controversia per la quale non abbia competenza deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza, l'*Amtsgericht M.* si dichiara carente di giurisdizione e rigetta la domanda. Avverso tale sentenza, il debitore propone appello.

Anche il giudice di appello ritiene competenti le autorità giurisdizionali spagnole sulla base di quanto prescritto dall'art. 3 lett. a) e b). Poiché la creditrice risiede abitualmente da oltre dieci anni in Spagna, divenuto il centro delle proprie relazioni familiari, sociali e professionali, trovano applicazione i criteri generali in luogo dell'art. 8.

La decisione è evidentemente corretta, poiché il giudice ribadisce che l'art. 8 non opera per il solo fatto che si agisca per la modifica di un'obbligazione alimentare previamente definita, ma solo quando il creditore «continui a risiedere abitualmente nello Stato in cui è stata emessa la decisione», proteggendolo da qualsiasi tentativo di modifica della statuizione presso un foro differente per mano del debitore. Nell'ipotesi in cui però, come nel caso di specie, il creditore abbia modificato la propria residenza abituale trasferendosi in uno Stato membro differente da quello nel quale sia stata emanata la decisione, la *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 8 non può operare, dovendosi fare riferimento ai criteri generali di cui all'art. 3 lett. a) e b).

---

cittadini di circolazione nell'Unione europea cfr. M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009» cit., p. 1069.

<sup>19</sup> F. C. VILLATA, «Obblighi alimentari» cit., p. 745-746.

<sup>20</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «El cobro internacional de alimentos. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de alimentos en las normas del Reglamento 4/2009», in *Revista de Derecho de la Unión Europea.*, 2012, p. 105; F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009» cit., p. 818-819.

<sup>21</sup> M. NADEMLENSKY, «Die neue EU-Unterhaltsverordnung samt dem neuen Haager Unterhaltsprotokoll», in *Ehe- und Familienrechtliche Zeitschrift*, 2011, p. 131.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf 25 aprile 2012, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 55-57.

### III. L'*electio fori* e la proroga tacita di competenza

5. Conformemente ad una tendenza sempre più diffusa dal legislatore dell'Unione europea,<sup>23</sup> accanto a criteri di giurisdizione oggettivi, il Reg. n. 4/2009 ammette la scelta del foro competente. Lo spazio di manovra delle parti è però fortemente limitato.<sup>24</sup> Oltre alla disposizione di cui all'art. 4 comma 3, la quale vieta una proroga di competenza quando l'accordo riguardi un minore, il regolamento consente la scelta solo quando questa sia in favore di autorità giurisdizionali che presentino un certo collegamento con le parti, seppur limitato nel tempo. L'art. 4 lett. a) e b) consente, ad esempio, di scegliere le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui una delle parti abbia la propria residenza abituale o di cui sia cittadina. Laddove invece le obbligazioni alimentari riguardino coniugi o ex coniugi, la legge ammette che le parti realizzino la concentrazione delle controversie presso il giudice competente in materia matrimoniale (lett. c) i) o si esprimano a favore del giudice del luogo dell'ultima residenza comune per almeno un anno (lett. c) ii).<sup>25</sup> All'accordo sulla scelta del foro viene, in linea di principio, attribuito carattere esclusivo. L'art. 4 comma 1 par. 3 dispone infatti che: «La competenza conferita dall'accordo è esclusiva, salvo che le parti non dispongano diversamente». Ciò significa che con l'*electio fori* viene meno la possibilità di applicare gli altri criteri di cui all'art. 3<sup>26</sup> e, pertanto, si garantisce la certezza del diritto.<sup>27</sup>

6. Mentre la norma sulla scelta espressa del foro non ha trovato frequente impiego, maggiore applicazione ha trovato l'art. 5 che attribuisce competenza al giudice davanti al quale il convenuto sia comparso senza averne eccepito l'incompetenza (cd. proroga tacita).

L'art. 5 è un criterio di giurisdizione concorrente ed alternativo rispetto a quelli previsti nelle disposizioni che lo precedono.

Se il convenuto compare senza sollevare eccezione di incompetenza ma limitandosi a chiedere il rigetto della pretesa attorea, la competenza è attribuita ai sensi dell'art. 5. Quest'ultimo non contiene regole uniformi sui termini per sollevare tale eccezione in quanto, trattandosi di norme processuali interne,

<sup>23</sup> La bibliografia in materia è ampia; a titolo meramente indicativo: S. BARIATTI, «Volontà delle parti e internazionalità del rapporto giuridico: alcuni sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia sui regolamenti europei in materia di diritto internazionale privato», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 513-534; C. CALABRESE, «La valorizzazione della volontà delle parti nei regolamenti europei in ambito familiare», in *Rivista AIAF*, 2019; M. PERTEGÁS SENDER, «New International Rules on Choice of Court Agreements in International Contracts: Hague Convention and Brussels I bis Regulation», in *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2014-2015, p. 111-126; O. FERACI, «L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'unione europea», in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 424-491; F. MARONGI BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè 2013; T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, «Qualche considerazione sull'autonomia delle parti nel regolamento comunitario 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 361-370; F. C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, Cedam 2012; I. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, Padova, Cedam 2000;

<sup>24</sup> M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009» cit., p. 1070.

<sup>25</sup> Da un punto di vista formale, per la validità della scelta del foro è necessaria la forma scritta *ad substantiam*; in vigore del Reg. n. 44/2001, la forma scritta si imponeva invece ai soli fini probatori. Ai sensi del Reg. n. 4/2009, l'*electio fori* deve quindi avvenire per iscritto, sotto forma di «qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo» (art. 4 comma 2).

<sup>26</sup> Il punto è tuttavia controverso. Come nel Reg. n. 44/2001 (art. 23 comma 1), anche nel Reg. n. 4/2009 le parti possono attribuire al foro scelto carattere concorrente. Sulla base della condizione/eccezione «salvo che», il carattere di foro concorrente sembra però dover essere chiaramente espresso nell'accordo. Nel dubbio, al foro eletto deve quindi attribuirsi carattere di esclusività. Peraltro, qualche elemento di ambiguità si desume dall'art. 4 comma 4 che sembra considerare il carattere di foro esclusivo come l'eccezione, e non come la regola. Si legge infatti che: «Se le parti hanno convenuto di attribuire competenza esclusiva alla o alle autorità giurisdizionali di uno Stato parte della [...] "convenzione di Lugano" [...]». La dottrina (M. ANDRAE, «Kapitel II: Zuständigkeit Art 4 EG-UntVO», in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, a cura di T. RAUSCHER, Köln, Dr. Otto Schmidt 2015, p. 547-548) risolve tale conflitto interpretativo considerando quest'ultima disposizione riferibile solo a casi specifici, nei quali la competenza venga attribuita al giudice di uno Stato parte della Convenzione di Lugano del 2007. Pertanto, in tutti gli altri casi, in assenza di indicazioni circa il carattere esclusivo o meno della proroga, la competenza concorrente di un altro giudice deve essere esclusa. Migliore formulazione sembra avere il Reg. n. 1215/2012 che attribuisce carattere esclusivo alla proroga di competenza, salvo diversa volontà delle parti (art. 25).

<sup>27</sup> S. MARINO, «Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, p. 604-605.

la competenza dell'Unione europea è in linea di principio esclusa; sono infatti le disposizioni nazionali di ciascuno Stato a trovare applicazione.<sup>28</sup>

Diversamente da queste ultime però, la proroga tacita di competenza non limita l'autonomia delle parti coinvolte, potendo trovare applicazione anche nelle controversie concernenti i minori.

La norma sulla proroga tacita non prevede nemmeno forme di tutela della parte debole convenuta a differenza, ad esempio, dell'art. 26 comma 2 Reg. n. 1215/2012 il quale richiede al giudice, prima che si dichiari competente, di verificare l'effettiva conoscenza del diritto di eccepire l'incompetenza da parte del convenuto. L'assenza nel Reg. n. 4/2009 di una tale disposizione contribuisce forse ad uno svolgimento più celere della controversia, ma non garantisce alcuna protezione della parte convenuta, la quale potrebbe essersi costituita senza avvalersi di un avvocato.

7. Alcune pronunce tedesche sull'art. 5 consentono di comprendere meglio il meccanismo della proroga tacita, la quale fonda la competenza di un giudice diverso rispetto a colui cui spetterebbe la giurisdizione secondo i criteri oggettivi predeterminati.

Nel caso deciso dall'*Amtsgericht Flensburg*,<sup>29</sup> questi si ritiene competente a ridurre la misura del mantenimento alla creditrice che risiede abitualmente nel Regno di Danimarca. Il debitore, padre di quest'ultima, conviene la figlia in giudizio al fine di ottenere la modifica dell'importo del mantenimento fissato dallo *Jugendamt* della città di previa residenza della creditrice alimentare. Quest'ultima, che al momento dell'instaurazione della controversia si trova temporaneamente in Germania presso la madre, risiede stabilmente nel Regno di Danimarca. Notificato l'atto introduttivo alla creditrice, questa si costituisce in giudizio chiedendo il rigetto della pretesa attorea senza contestare la competenza internazionale della corte tedesca.

Tale condotta determina l'insorgere della competenza dell'*Amtsgericht Flensburg*, sebbene sulla base delle disposizioni generali di cui all'art. 3 lett. a) e b) la giurisdizione sarebbe spettata alle corti danesi. Nella motivazione, la corte chiarisce che non è necessaria la verifica dell'esistenza di una eventuale residenza abituale della creditrice presso la madre, risultando la sua competenza ai sensi dell'art. 5, applicabile in seguito alla comparizione della parte, costituitasi senza eccepire l'incompetenza.

Anche l'*Oberlandesgericht Stuttgart*<sup>30</sup> si ritiene competente a statuire sulla modifica del mantenimento a favore di due minori residenti abitualmente in Turchia. In precedenza, lo *Jugendamt* aveva posto a carico del padre, debitore alimentare, il mantenimento dei propri figli minorenni residenti, al pari dello stesso, in Germania. Un anno dopo il trasferimento dei minori in Turchia, il padre adisce l'*Amtsgericht Wangen* al fine di ottenere la riduzione del mantenimento. I creditori, costituitisi in giudizio, contestano la fondatezza delle pretese attoree senza eccepire l'incompetenza del giudice tedesco.

La decisione di primo grado viene appellata dai creditori ed il giudice di appello, senza che sia sollevata questione sul punto – peraltro non passibile di contestazione in secondo grado – conferma la propria competenza internazionale ai sensi dell'art. 5. La mancata eccezione di incompetenza dei creditori in primo grado ha determinato la competenza internazionale del giudice tedesco, che sarebbe invece spettata alle corti turche.

Dalla sentenza non è dato desumere che i creditori abbiano ritenuto che il giudice tedesco fosse competente ai sensi dell'art. 8 e che non abbiano sollevato eccezione di incompetenza per questo motivo (vedi *supra* par. II). Appare invece verosimile che i creditori abbiano intenzionalmente prorogato la competenza del giudice tedesco, ritenendo per loro più vantaggioso che la decisione sulla modifica del mantenimento venisse adottata dalle autorità tedesche, anziché da quelle turche.

Le sentenze in esame offrono lo spunto per alcune considerazioni sul peculiare funzionamento dell'art. 5. La proroga tacita attribuisce la competenza al giudice che ne è privo secondo le regole generali, ed opera frequentemente quando convenuto è il creditore.

<sup>28</sup> M. ANDRAE, «Kapitel II: Zuständigkeit Art 5 EG-UntVO», in *Europäisches Zivilprozess* cit., p. 551-555.

<sup>29</sup> AG Flensburg 24 luglio 2014, in I. LUDWIG, *Juris PraxisKommentar BGB*, a cura di M. HERBERGER, M. MARTINEK, H. RÜSSMANN, S. WETH, M. WÜRDINGER, Saarbrücken, Juris 2020, ove l'autore critica la scelta della legge applicabile in quanto, dal punto di vista tedesco (e di qualsiasi Stato membro), il protocollo si applica anche alla Danimarca.

<sup>30</sup> OLG Stuttgart 17 gennaio 2014, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2014, p. 850-852.

L'art. 5 deroga al principio del *favor creditoris* che caratterizza i criteri di giurisdizione degli articoli precedenti, in particolare laddove non prevede la possibilità di indagare sulla corrispondenza tra comparizione senza contestazione e consapevole accettazione della giurisdizione, con effettiva conoscenza delle conseguenze che ne derivano.<sup>31</sup> Tuttavia, dall'analisi della giurisprudenza, emerge che la disposizione dell'art. 5 può anche favorire il creditore, garantendogli l'accesso ad un ulteriore foro rispetto a quelli già a sua disposizione. Come dimostra il caso deciso dall'*Oberlandesgericht Stuttgart*, in cui il creditore alimentare era residente in Turchia, non sempre il foro più vantaggioso coincide con quello della residenza abituale del creditore.

#### IV. La competenza sussidiaria ed il *forum necessitatis*

8. Il Reg. n. 4/2009 disciplina la giurisdizione anche nei casi in cui il convenuto o entrambe le parti risiedano abitualmente in un Paese terzo. Gli artt. 6 e 7, ultimi criteri di giurisdizione menzionati, garantiscono infatti "un'ancora di salvezza" per ottenere in uno Stato membro una decisione in materia alimentare. In questo modo, il regolamento deroga anche ai criteri di giurisdizione di fonte internazionale, in particolare quelli posti dalla Convenzione dell'Aia del 2007.

L'art. 6 conferisce competenza a titolo sussidiario alle corti dello Stato membro di cittadinanza comune delle parti, nel caso in cui questa non possa essere determinata né ai sensi degli artt. 3,4 e 5 del regolamento, né ai sensi della Convenzione di Lugano.<sup>32</sup> Tale criterio quindi, non solo consente di attribuire la competenza ad un giudice dell'Unione europea, ma favorisce il recupero del credito alimentare nelle ipotesi in cui le parti abbiano la cittadinanza comune di uno Stato membro ma risiedano al di fuori dell'Unione europea.<sup>33</sup>

In un caso deciso dall'*Oberlandesgericht Koblenz*<sup>34</sup> il debitore chiede la modifica del mantenimento posto a suo carico. Egli risiede abitualmente in Germania, mentre il creditore – suo figlio – in Perù. In primo grado le autorità tedesche dichiarano il difetto di giurisdizione. La sentenza viene appellata dal debitore ma l'*Oberlandesgericht Koblenz* conferma il difetto di giurisdizione delle autorità tedesche in favore di quelle peruviane, ove il creditore risiede abitualmente.

Il giudice di appello, pur riconoscendo che il Reg. n. 4/2009 trova applicazione anche qualora il convenuto non risieda in uno Stato membro, esclude la propria competenza internazionale anche sulla base dell'art. 6. Infatti, nonostante un indizio che forse entrambe le parti siano cittadine tedesche, nessuna di esse ha fornito sufficienti prove sul punto, impedendo l'operatività del criterio di collegamento della cittadinanza comune.

Considerata la peculiarità del criterio di giurisdizione e del caso in esame, forse il giudice sarebbe potuto giungere ad una differente soluzione. L'autorità tedesca, infatti, pur dichiarando che la competenza internazionale sarebbe potuta risultare dall'art. 6 sulla base di elementi che abbiano fatto presumere l'esistenza di una cittadinanza comune (che in sentenza non vengono però riportati)<sup>35</sup>, si è poi limitata a dichiarare non sufficientemente provata la comune cittadinanza delle parti.<sup>36</sup> Data la presenza agli atti di un principio di prova in tale senso, il giudice avrebbe forse potuto compiere ulteriori verifiche per accertare tale circostanza e quindi fondare la sua competenza sulla base dell'art. 6. L'applicazione delle norme sulla giurisdizione, come di qualsiasi altra norma giuridica, rappresenta infatti un onere del giudice, al quale lo stesso non può sottrarsi.

<sup>31</sup> F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari* cit., p. 143-144.

<sup>32</sup> Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007, è stata firmata dalla Confederazione Svizzera, dalla Comunità europea, dal Regno di Danimarca, dal Regno di Norvegia e dalla Repubblica d'Islanda. Essa operava parallelamente al Reg. n. 44/2001. Per gli Stati membri dell'Unione europea, la Convenzione di Lugano del 2007 è entrata in vigore il 1° gennaio 2010, in *G.U.U.E.* n. 147 del 10.6.2009.

<sup>33</sup> M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009» cit., p. 1073-1074.

<sup>34</sup> OLG Koblenz 18 giugno 2014, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 268-269.

<sup>35</sup> Dalla sentenza (par. 1) emerge solamente che il creditore è figlio del debitore e vive dal 2013 con la madre, divorziata dal debitore, in Perù.

<sup>36</sup> Cfr. par. 8 della sentenza.

9. L'art. 7 consente ad uno Stato membro di conoscere della controversia quando questa non possa essere instaurata davanti al giudice di uno Stato terzo.

Nessun'altra autorità di uno Stato membro deve però essere competente ai sensi degli artt. 3,4,5 e 6. Per potersi applicare l'art. 7 è necessario che sussista un collegamento tra la controversia e lo Stato membro adito, che può essere integrato anche dalla semplice presenza fisica nel Paese in questione.<sup>37</sup>

Il *forum necessitatis* rappresenta una novità nel campo dei regolamenti dell'Unione europea e si inserisce nel sistema di cooperazione in materia civile. In quanto norma di chiusura delle disposizioni attributive della giurisdizione, l'art. 7 scongiura il pericolo di un *non liquet*, e cioè che la controversia non possa essere risolta a causa della assenza di un giudice competente sulla base dei criteri generali.<sup>38</sup> Difficoltà applicative si riscontrano nella prova dei presupposti per la sua operatività, i quali ne richiedono e determinano un impiego assai prudente.

Considerata la rara applicazione del *forum necessitatis*, merita di essere citata la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 2015<sup>39</sup> nella quale tale giudice, dopo aver analizzato le diverse strade percorribili dal debitore di alimenti residente in Germania per ottenere la modifica del mantenimento di un creditore residente negli Stati Uniti d'America, applica l'art. 7 mostrandone la concreta operatività.

Nel caso di specie, il *Bundesgerichtshof* rigetta le conclusioni cui era pervenuto il giudice di appello, secondo cui una decisione sul mantenimento adottata dal giudice tedesco<sup>40</sup> deve essere modificata dalle autorità giudiziarie americane, in quanto foro di residenza del creditore.

Secondo il giudice di legittimità il debitore avrebbe difficoltà ad ottenere tutela di fronte alle autorità statunitensi. Stante l'assenza di convenzioni in materia alimentare, la giurisdizione sul punto è determinata dalle norme interne.<sup>41</sup> Il sistema processuale americano è però retto dal principio della "continuing exclusive jurisdiction" secondo cui una decisione non può essere modificata in un Paese diverso rispetto a quello in cui sia stata presa. Considerato che la prima decisione era stata resa dal giudice tedesco, il *Bundesgerichtshof* ritiene che le autorità americane avrebbero declinato la loro competenza.

L'aspetto di maggiore interesse si rinviene però nella seconda parte della pronuncia, laddove il *Bundesgerichtshof* radica la competenza del giudice tedesco sull'art. 7 nell'ipotesi in cui, come verosimilmente nel caso di specie, il debitore non possa ottenere tutela di fronte alle corti americane. Secondo il giudice di legittimità questa disposizione, fungendo da clausola di salvaguardia, evita che conflitti internazionali negativi di competenza determinino un diniego di giustizia.

La stessa *ratio* è altresì rinvenibile nell'art. 8 comma 2 lett. c) il quale esclude la *perpetuatio fori* (comma 1) nel caso in cui il giudice di residenza del creditore, competente in quanto Stato di origine, e «contraente della convenzione dell'Aia del 2007 non possa o rifiuti di esercitare la competenza a modificare la decisione o a emetterne una nuova».

<sup>37</sup> F. C. VILLATA, *Obblighi alimentari* cit., p. 753-754; F. POCAR, «La disciplina comunitaria» cit., p. 13-14.

<sup>38</sup> G. BIAGIONI, «Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, p. 26-29.

<sup>39</sup> BGH 14 ottobre 2015, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2016, p. 115-116.

<sup>40</sup> Il creditore, residente negli Stati Uniti d'America, presentava di fronte al giudice tedesco di primo grado istanza volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità; in tale occasione, il creditore chiedeva la condanna del debitore al pagamento degli alimenti a partire dal momento della sua nascita.

<sup>41</sup> Sebbene sia stato uno dei primi Paesi a firmare la Convenzione sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia, all'epoca della sentenza in esame gli Stati Uniti non avevano ancora proceduto alla sua ratifica. Solo in data 7 settembre 2016 è stato depositato lo strumento di ratifica, divenendo gli Stati Uniti il trentatreesimo Paese ad applicare tale convenzione, entrata in vigore il 1° gennaio 2017. Essa è stata conclusa il 23 novembre 2007 ed approvata a nome dell'Unione europea, con *Decisione del Consiglio 2011/432/UE del 9 giugno 2011*, in *G.U.U.E.* n. L 192/39 del 22 luglio 2011. La Convenzione dell'Aia del 2007 contiene solamente norme indirette e negative di giurisdizione. Con riferimento al primo aspetto l'art. 20, collocato nel capo dedicato al riconoscimento ed all'esecuzione, consente il riconoscimento di una decisione solamente nell'ipotesi in cui uno Stato contraente abbia rispettato parte dei requisiti dallo stesso prescritti. L'art. 18, contiene invece una norma di competenza negativa secondo la quale, fintantoché il creditore continui a risiedere abitualmente nello Stato contraente in cui sia stata emessa una decisione in materia di obbligazioni alimentari, essa non può essere oggetto di modifica o di nuova statuizione da parte del debitore in uno Stato diverso. Nel caso di specie, tuttavia, il creditore non ha mai risieduto in Germania e per tale ragione l'art. 18 non può trovare applicazione.

Secondo il giudice tedesco non è infatti ipotizzabile che un regolamento dell'Unione europea non garantisca al debitore, che sia abitualmente residente in uno Stato membro, un foro ove ottenere la modifica di una decisione relativa al mantenimento di un creditore residente all'estero.

La pronuncia del *Bundesgerichtshof* offre lo spunto per qualche riflessione sull'operatività del *forum necessitatis*. La realizzazione delle pretese alimentari è garantita dall'art. 7 nell'ipotesi in cui si possano verificare conflitti negativi di giurisdizione. L'applicazione di questo articolo è infatti subordinata al fatto che non sia possibile ottenere tutela nello Stato terzo con cui la controversia presenti un collegamento. Solo in ipotesi di limitazioni in fatto o in diritto l'art. 7 trova applicazione e conferisce competenza allo Stato membro con il quale è rinvenibile un legame.<sup>42</sup>

## V. La giurisdizione per gli enti pubblici

**10.** Le corti tedesche hanno più volte affrontato il problema di quale sia il foro competente per le domande promosse dagli enti pubblici.

Gli enti pubblici conferiscono prestazioni sociali e ricoprono un ruolo centrale nel fornire assistenza ai creditori, in particolare laddove le pretese di questi ultimi siano rimaste insoddisfatte. Per tale ragione, anche essi necessitano di strumenti che consentano loro di ottenere il rimborso delle prestazioni erogate in luogo del debitore principale.<sup>43</sup> Tale possibilità è prevista dal regolamento sulle obbligazioni alimentari, il quale facilita il recupero effettivo dei crediti alimentari transfrontalieri anche da parte degli enti pubblici.

Ai sensi dell'art. 1 Reg. n. 4/2009 rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento anche quei procedimenti nei quali gli enti pubblici agiscono nei confronti dei debitori in rappresentanza dell'avente diritto o in regresso per prestazioni adempiute a quest'ultimo in luogo del mantenimento.<sup>44</sup> Si pone però il problema dell'individuazione del foro presso il quale l'ente pubblico può instaurare la causa nei confronti del debitore, in particolare quando agisce in regresso.

Nel primo caso, infatti, quando l'ente pubblico agisce in nome e per conto del creditore, gli effetti giuridici sono imputabili a quest'ultimo.

Il creditore è parte in senso sostanziale mentre l'ente pubblico in senso formale, quindi l'instaurazione della causa nel foro della residenza abituale del creditore non pone particolari problemi teorici.<sup>45</sup>

Il discorso è diverso quando l'ente pubblico, surrogatosi nei diritti del creditore, agisce in regresso nei confronti del debitore. In questo caso l'ente pubblico è parte sia in senso formale sia in senso sostanziale. In questa ipotesi ci si chiede se l'ente pubblico, oltre che nel foro del debitore, possa agire anche nel proprio foro (ad esempio nel luogo in cui ha sede l'autorità pubblica), in qualità di "creditore". A tale possibilità si oppone però il dato letterale dell'art. 2 n. 10 Reg. n. 4/2009, il quale dichiara esplicitamente che "creditore" è solo una persona fisica.

Se dunque l'ente pubblico non può instaurare la causa di regresso nel proprio foro, questi dovrebbe poter agire nel foro della residenza abituale del creditore originario. Il fondamento giuridico di questa azione pone altrettanti problemi, in quanto il creditore, a seguito della surroga dell'ente pubblico nei suoi diritti, perde il ruolo di parte. A sostegno di questa possibilità si è ritenuto che, se l'obiettivo dell'azione di regresso consiste nel recupero degli alimenti, la relazione giuridica fra creditore ed ente pubblico non può incidere sull'applicazione dei criteri di giurisdizione. Considerato che l'ente pubblico si surroga nel diritto vantato dal creditore originario, sostituendosi a quest'ultimo, è sostenibile che il primo, dopo il pagamento della prestazione sociale, possa instaurare la causa nel foro del titolare originario.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> G. BIAGIONI, «Alcuni caratteri generali del *forum necessitatis*» cit., p. 32-33.

<sup>43</sup> P. BEAUMONT, «International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity», in *The Rabel Journal of Comp. and Int. Priv. Law*, 2009, p. 539.

<sup>44</sup> M. ANDRAE, «Kapitel I: Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen Art 1 EG-UntVO», in *Europäisches Zivilprozess* cit., p. 488-489.

<sup>45</sup> V. LIPP, *EG-UntVO Art. 1 Anwendungsbereich*, in *Münchener Kommentar zum FamFG*, a cura di T. RAUSCHER, München, C.H. Beck 2019.

<sup>46</sup> M. ANDRAE, «Kapitel I: Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen», in *Europäisches Zivilprozess* cit., p. 488-489.

**11.** Tale possibilità è stata però negata con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e, successivamente, al Reg. n. 44/2001. Con la sentenza *Blijdenstein*,<sup>47</sup> la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito infatti che, pur rientrando l'azione di regresso di un ente pubblico nei confronti di un debitore nel campo di applicazione della convenzione suddetta (art. 1), l'ente pubblico non può adire il foro di cui all'art. 5 n. 2. Secondo tale disposizione, ripresa testualmente dal Reg. n. 44/2001, le persone che sono domiciliate nel territorio di uno Stato membro possono essere convenute «davanti al giudice del luogo in cui il creditore di alimenti ha il domicilio o la residenza abituale».

Questa interpretazione è fondata sulla considerazione che un ente pubblico che agisce in via di regresso nei confronti del debitore di alimenti non si trova in una posizione subordinata equiparabile a quella del creditore alimentare, tale da giustificare l'applicazione dei criteri speciali di giurisdizione e privare il debitore della tutela del foro del proprio domicilio<sup>48</sup> (art. 2 Convenzione di Bruxelles del 1968).<sup>49</sup>

Successivamente all'entrata in vigore del Reg. n. 4/2009, è controverso se tale limitazione si applichi anche a quest'ultimo strumento.<sup>50</sup>

Si sono così delineati due diversi indirizzi. Da un lato, in virtù del noto rapporto di continuità tra gli strumenti normativi in questo campo, si ritiene la citata giurisprudenza applicabile anche al regolamento, per cui un'azione di regresso di un ente pubblico nei confronti di un debitore può solo essere instaurata nel foro di quest'ultimo e non in quello dell'art. 3 lett. b). Questo orientamento si basa sul considerando 14<sup>51</sup> e sull'art. 64 del regolamento, i quali estendono il concetto di creditore agli enti pubblici (ex art. 2 n. 10) esclusivamente nelle ipotesi di procedimenti di riconoscimento ed esecuzione e lo escludono invece nelle fasi precedenti del giudizio. Inoltre, il silenzio del regolamento sul punto sembra confermare quanto suesposto.

Dall'altro, l'indirizzo opposto ritiene che escludere gli enti pubblici dalla possibilità di usufruire del foro della residenza abituale del creditore contrasti con gli obiettivi del Reg. n. 4/2009<sup>52</sup> (cons. n. 45).<sup>53</sup> L'apertura all'ente pubblico del foro del creditore consente infatti, da una parte, di avere accesso ad un foro nell'Unione europea qualora il debitore, diversamente dal creditore, risieda in uno Stato terzo; dall'altra, favorisce la sempre auspicata corrispondenza tra *forum* e *ius*.<sup>54</sup> Il punto, come vedremo tra breve, è stato risolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

**12.** Sul presupposto dell'impossibilità per gli enti pubblici di usufruire del foro del creditore nelle azioni di regresso, la prassi tedesca ha cercato altre strade per consentire agli enti pubblici di recuperare le somme di denaro davanti al giudice tedesco, trovando una soluzione sulla base di alcune disposizioni di legge vigenti,<sup>55</sup> mediante un meccanismo complesso basato su una doppia cessione del titolo.

Questo consiste nella cessione da parte dell'ente pubblico al creditore originario dei crediti alimentari nel cui diritto il primo si sia surrogato (a seguito del pagamento dell'obbligazione del debi-

<sup>47</sup> Corte di giustizia 15 gennaio 2004, *Freistaat Bayern c. Blijdenstein*, 433/2001.

<sup>48</sup> *Ivi*, punto 29, 30 e 31.

<sup>49</sup> R. HAUSMANN, «Unterhaltssachen», in *Internationales und Europäisches Familienrecht*, a cura di R. HAUSMANN, München, C.H. Beck 2018; F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari* cit. p. 90-91; F. C. VILLATA, «Obblighi alimentari» cit., p. 743-744.

<sup>50</sup> P. M. REUSS, «Art. 3 lit. b EuUntVO: Internationale Zuständigkeit für grenzüberschreitenden Behördenregress bei Elternunterhalt», in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2019, p.1341-1342.

<sup>51</sup> Il quale recita: «È opportuno che il presente regolamento preveda che il termine “creditore” comprende, ai fini di una domanda di riconoscimento e di esecuzione di una decisione in materia di obbligazioni alimentari, gli enti pubblici che hanno il diritto di agire per conto di una persona cui siano dovuti alimenti o di chiedere il rimborso di prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti. Se l'ente pubblico agisce in tal veste, dovrebbe aver diritto agli stessi servizi e allo stesso patrocinio a spese dello Stato al pari del creditore».

<sup>52</sup> W. WURMNEST, «EU-UnterhaltsVO Art. 3 Allgemeine Bestimmungen», in *Grosskommentar zum Zivilrecht*, a cura di B. GSELL, W. KRÜGER, S. LORENZ, C. REYMANN, München, C.H. Beck 2019.

<sup>53</sup> Questi considera obiettivi del presente regolamento l'istituzione «di una serie di misure che permettano di garantire il recupero effettivo dei crediti alimentari in situazioni transfrontaliere e agevolare in tal modo la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea».

<sup>54</sup> V. LIPP, «Vorbemerkung zu Art. 3», in *Münchener Kommentar* cit., Rn. 29-34.

<sup>55</sup> *Ex multis*, art. 33 comma 4 *Sozialgesetzbuch* (SGB) II e art. 94 comma 5 *Sozialgesetzbuch* (SGB) XII.

tore),<sup>56</sup> così da permettere al creditore originario di avviare il procedimento nel proprio foro.<sup>57</sup> In tale procedura, quest'ultimo rilascia una procura a favore dell'ente pubblico, che conduce autonomamente il processo o si serve di un avvocato.<sup>58</sup>

Nel 2013, in un caso relativo ad una coppia turca separata e residente in Germania, l'*Amtsgericht Stuttgart*<sup>59</sup> prende le distanze dalla sentenza *Blijdenstein* e ritiene che l'ente pubblico possa instaurare la causa nel foro della residenza abituale del creditore originario.

Prima del trasferimento del debitore in Turchia, quest'ultimo veniva condannato al mantenimento della moglie residente, come questi, in Germania.

Poiché tale obbligazione non veniva adempiuta, la creditrice aveva ricevuto un assegno sociale dallo Stato tedesco.

Il *Landratsamt B.*, surrogatosi nei diritti della creditrice verso il debitore in virtù dell'adempimento all'obbligazione originaria in luogo di quest'ultimo, cedeva alla moglie i crediti nei quali si era surrogato, così da consentirle di farli valere in nome proprio. Questa instaurava perciò la causa di fronte all'autorità giudiziaria tedesca, foro della propria residenza abituale.

Secondo l'*Amtsgericht Stuttgart*, poiché il Reg. n. 4/2009 pone su un piano di parità i criteri di giurisdizione, esso consente al creditore una scelta del foro che perdura anche nell'ipotesi in cui l'ente pubblico, surrogatosi nei diritti del creditore originario, ritrasferisca a quest'ultimo il credito alimentare. È al foro del creditore (originario) persona fisica che l'art. 2 comma 1 n. 10) si riferisce, e non a colui che si sia surrogato nei diritti di questi. A sostegno di questa posizione, l'*Amtsgericht Stuttgart* sottolinea che nell'ipotesi in cui venga precluso all'ente pubblico di utilizzare il foro di cui all'art. 3 lett. b), può diventare necessario adire due autorità giudiziarie distinte. Infatti, i crediti non trasferiti si devono far valere nel luogo della residenza abituale del creditore, mentre i crediti ceduti all'ente pubblico solamente in quella del debitore, determinando una frammentarietà contraria ai principi ispiratori dei regolamenti dell'Unione europea.

Nella sentenza dell'*Amtsgericht Stuttgart* si discute della possibilità per l'ente pubblico di agire in regresso verso il debitore di alimenti nel foro della residenza abituale del creditore ex art. 3 lett. b). Il giudice tedesco ritiene che le limitazioni interpretative in vigenza degli strumenti anteriori al regolamento non siano più applicabili a quest'ultimo e che consentire all'ente pubblico di accedere al foro del creditore meglio si concili con lo spirito e con gli obiettivi del regolamento. In questo modo, si esclude che il meccanismo di trasferimento del credito adottato nella prassi continui ad essere messo in atto nelle ipotesi in cui l'ente pubblico, surrogatosi nei diritti del creditore, voglia agire in regresso nei confronti del debitore. Infatti, avendo l'ente pubblico la facoltà di instaurare la causa nel foro di cui all'art. 3 lett. b) una tale cessione diviene priva di scopo.<sup>60</sup>

**13.** L'assenza di un orientamento uniforme, tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina, porta in tempi recentissimi il *Bundesgerichtshof*<sup>61</sup> a sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 3 lett. b) Reg. n. 4/2009.

La vicenda concerne un ente pubblico tedesco che agisce in regresso in Germania nei confronti di un debitore alimentare residente in Austria, al fine di recuperare i crediti alimentari in cui lo stesso si è

<sup>56</sup> L'art. 33 *Sozialgesetzbuch* (SGB) II è intitolato "Übergang von Ansprüchen" (trasferimento dei crediti); il comma 1 prevede che il titolare di un diritto a ricevere una prestazione sociale trasferisca questo diritto all'ente pubblico che gli abbia fornito la stessa in luogo della persona obbligata.

<sup>57</sup> Ai sensi dell'art. 33 comma 4 *Sozialgesetzbuch* (SGB) II, su accordo del beneficiario delle prestazioni (il creditore originario), gli enti possono cedere a quest'ultimo, ai fini di un procedimento giudiziario, il diritto loro trasferito per poi farsi nuovamente cedere il credito così rivendicato.

<sup>58</sup> P. MANKOWSKI, «Die internationale Zuständigkeit nach Art. 3 EuUnterhVO und der Regress öffentlicher Einrichtungen», in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014, p. 254; D. MARTINY, «Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Cases of Reimbursement Claims by Public Bodies», in *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, a cura di P. BEAUMONT, B. HESS, L. WALKER, S. SPANCKEN, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing 2014, p. 489-490.

<sup>59</sup> AG Stuttgart 4 settembre 2013, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2014, p. 786-787.

<sup>60</sup> P. MANKOWSKI, «Die internationale Zuständigkeit» cit., p. 249.

<sup>61</sup> BGH 5 giugno 2019, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2019, p. 1340-1345.

surrogato ex art. 94 comma 1 *Sozialgesetzbuch* (SGB) XII.<sup>62</sup> La creditrice originaria, madre del debitore e titolare di assistenza sociale, risiede in un ospizio in Germania. Il debitore contesta la competenza del giudice tedesco.

In primo grado il giudice tedesco nega la sua giurisdizione non potendosi considerare l'ente pubblico creditore ai sensi all'art. 3 lett. b). L'*Oberlandesgericht Köln*, al contrario, ritenendo applicabili i criteri di cui all'art. 3 lett. a) e b) anche all'ente pubblico surrogatosi nel credito alimentare, annulla la decisione impugnata e rinvia la causa al giudice di primo grado per una statuizione sul merito.

Contro la decisione del giudice di appello, il debitore ricorre al *Bundesgerichtshof*, il quale ritiene necessario un rinvio alla Corte di giustizia. Nel corso del giudizio vengono sostenute opposte tesi. Da una parte vi è chi sostiene,<sup>63</sup> conformemente alla sentenza *Blijdenstein*, che un ente pubblico che agisca in regresso nei confronti di un debitore non si trovi in una posizione di inferiorità nei confronti di quest'ultimo e non possa quindi usufruire del foro della residenza abituale del creditore. L'unico foro a disposizione dell'ente per un'azione di regresso è pertanto quello della residenza abituale del convenuto, di cui all'art. 3 lett. a).

Dall'altra parte invece,<sup>64</sup> si sostiene che nel Reg. n. 4/2009 la competenza del giudice della residenza abituale del creditore non possa più considerarsi un'eccezione, in quanto il regolamento prevede criteri di competenza alternativi di pari rango. Il giudice del rinvio appoggia questo secondo indirizzo, basandosi sia su un'interpretazione estensiva dell'art. 64 del regolamento, sia sugli obiettivi dallo stesso perseguiti.

La Corte di giustizia, con sentenza *WV c. Landkreis Harburg* del 17 settembre 2020,<sup>65</sup> seguendo l'opinione espressa dal suo avvocato generale e dalla Commissione, chiarisce che l'ente pubblico che agisce in regresso nei confronti del debitore è legittimato ad avvalersi anche del foro della residenza abituale del creditore originario. I principi giurisprudenziali sviluppati nel solco degli strumenti precedenti non possono essere trasposti meccanicamente nel Reg. n. 4/2009, in quanto è necessario che nell'interpretare le disposizioni sulla competenza internazionale di quest'ultimo vengano compiute considerazioni di carattere sia sistematico sia teleologico.<sup>66</sup>

La struttura della Convenzione di Bruxelles del 1968 è molto differente da quella del Reg. n. 4/2009. In quest'ultimo non vi è né un criterio di giurisdizione generale (quale quello del domicilio del convenuto alla base della Convenzione di Bruxelles), né una norma speciale che deroghi questa regola, come quella prevista all'art. 5 n. 2 per le obbligazioni alimentari. Inoltre, l'art. 3 Reg. n. 4/2009 non specifica se legittimato all'azione nei fori di cui alla lett. a) e b) debba essere solo il creditore.

La Corte conclude pertanto che l'ente pubblico può agire in regresso nel foro della residenza abituale del creditore. Ciò facilita inoltre la riscossione del credito alimentare transfrontaliero, garantendo all'ente la disponibilità di un foro all'interno dell'Unione europea nell'ipotesi in cui il debitore sia residente in uno Stato terzo. La Corte osserva che tale interpretazione non compromette neppure il principio della prevedibilità delle norme sulla competenza, in quanto il debitore è già a conoscenza del fatto di poter essere citato di fronte ai giudici del luogo di residenza abituale del creditore.

Da ultimo, aprire il foro di cui all'art. 3 lett. b) all'ente, il quale spesso risiede nel medesimo luogo del creditore, garantisce la corrispondenza tra *forum* e *ius*, conformemente al Protocollo dell'Aia del 2007.

La pronuncia risolve un conflitto interpretativo che, come accennato, ha generato decisioni contrastanti ed ostacolato l'applicazione uniforme del regolamento.

<sup>62</sup> Il quale, nella prima parte, recita: «Se, per il periodo di erogazione delle prestazioni, la persona avente diritto alla prestazione vanta, in base al diritto civile, crediti alimentari, questi si trasferiscono in capo al soggetto responsabile dell'assistenza sociale, sino a concorrenza delle spese sostenute unitamente al diritto di accesso previsto dalla normativa in materia di alimenti».

<sup>63</sup> W. HAU, «EuUntVO», in *FamFG*, a cura di H. PRÜTTING, T. HELMS, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2020, Rn. 40; R. HAUSMANN, «Unterhaltssachen» cit.; N. CONTI, *Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa*, Köln, Dr. Otto Schmidt 2011, p. 192 ss.; D.-C. BITTMANN, «EuUntVO», in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, a cura di M. GEBAUER, T. WIEDMANN, Stuttgart, C.H. Beck 2010, Rn. 33.

<sup>64</sup> V. LIPP, «EG-UntVO Art. 1 Anwendungsbereich», in *Münchener Kommentar* cit., Rn. 55 ss.; M. ANDRAE, «Kapitel I: Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen Art 1 EG-UntVO», in *Europäisches Zivilprozess* cit., Rn. 45 ss.

<sup>65</sup> Corte di giustizia 17 settembre 2020, *WV c. Landkreis Harburg*, 540/19.

<sup>66</sup> Si fa riferimento ai punti 24 e 25 della sentenza Corte di giustizia 18 dicembre 2014, *Sanders e Huber*, 400/13 e 408/13.

È dubbio, tuttavia, che una tale apertura, seppur da molti auspicata,<sup>67</sup> rappresenti una soluzione davvero equa. Nonostante la Corte abbia fatto presente che il criterio di competenza di cui all'art. 3 debba essere interpretato «alla luce delle sue finalità, del suo tenore letterale, nonché del sistema all'interno del quale esso si colloca»<sup>68</sup> ci si chiede se sia prudente abbandonare la valutazione sull'equilibrio del rapporto tra le parti che, nel passato, ha escluso l'estensione all'ente pubblico del foro del creditore. Il debitore di alimenti, sempre persona fisica, ed un ente pubblico non si trovano infatti mai in una posizione di parità economica. Pare dunque che debba essere valutata con prudenza l'apertura del foro del creditore – espressione di un *favor* processuale per una parte considerata “debole” – al soggetto più forte economicamente, in questo caso l'ente pubblico.

Per quanto si riconosca che l'ente pubblico sia obbligato a versare somme di denaro in luogo degli alimenti verso un numero sempre maggiore di soggetti e che sia necessario facilitarne il recupero, si deve anche tenere presente che pure il debitore inadempiente può essere una persona in difficoltà economiche. Nella causa di regresso l'equilibrio tra le parti verrebbe così alterato, costringendo il debitore a difendersi in un foro che, per quanto prevedibile, è comunque lontano da chi è «nella posizione migliore per valutare le risorse di quest'ultimo».<sup>69</sup>

## VI. Il Protocollo dell'Aia del 2007

14. Al tema della legge applicabile, il Reg. n. 4/2009 dedica esclusivamente l'art. 15 il quale, tramite un rinvio formale, dispone che questa «è determinata secondo il Protocollo dell'Aia del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari [...] negli Stati membri vincolati da tale strumento».<sup>70</sup>

La disciplina della legge applicabile viene quindi collocata al di fuori sia del regolamento, sia della Convenzione dell'Aia del 2007, alla cui adesione rimane svincolato.<sup>71</sup> Questa soluzione di compromesso, giunta in un momento avanzato del processo di negoziazione del regolamento, nasce con l'obiettivo di consentire un'ampia adesione allo strumento europeo, nonché allo scopo di incentivare Paesi (quali ad esempio il Regno Unito) ad applicarlo.<sup>72</sup> Infatti, tutti gli “Stati membri”, ad eccezione del Regno di Danimarca e del Regno Unito, sono vincolati al protocollo.<sup>73</sup>

Quest'ultimo, inoltre, grazie all'adesione dell'Unione europea,<sup>74</sup> è considerato una fonte di diritto secondario, soggetta quindi all'interpretazione della Corte di giustizia, la quale può risultare da un rinvio pregiudiziale di interpretazione, come disciplinato dall'art. 267 TFUE.<sup>75</sup>

Anche il protocollo, come già il regolamento, armonizza unicamente le norme di diritto internazionale privato uniformi in materia di obbligazioni alimentari «derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità comprese le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli a prescindere dallo stato civile dei genitori». Il protocollo non determina dunque la legge applicabile ai rapporti di famiglia da cui derivano le obbligazioni alimentari, in quanto tale aspetto è disciplinato dalla legge nazionale di ciascuno Stato.<sup>76</sup>

<sup>67</sup> Per una visione favorevole all'apertura del foro del creditore all'ente pubblico v. P. MANKOWSKI, «Die internationale Zuständigkeit» cit., p. 252.

<sup>68</sup> Corte di giustizia 18 dicembre 2014, *Sanders e Huber* cit., punto 25.

<sup>69</sup> Corte di giustizia 17 settembre 2020, *WV c. Landkreis Harburg* cit., punto 31.

<sup>70</sup> I. VIARENGO, «Sulla disciplina degli obblighi alimentari» cit., p. 825-826.

<sup>71</sup> N. CONTI, V. BISSMEIER, «Das neue Haager Unterhaltsprotokoll von 2007», in *FamilienRechtsberater*, 2011, p. 62.

<sup>72</sup> M. C. BARUFFI, «In tema di riconoscimento delle decisioni» cit., p. 135.

<sup>73</sup> Per una panoramica sugli Stati parte del protocollo: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>.

<sup>74</sup> L'Unione europea ha aderito al protocollo sulla base dell'art. 300 CE (oggi art. 218 TFUE) con effetto per tutti gli “Stati membri” ad eccezione del Regno di Danimarca e del Regno Unito, in *G.U.U.E.* n. 331 del 16.12.2009. L'Unione europea lo ha poi ratificato in data 8 aprile 2010 ed applicato in via provvisoria dal 18 giugno 2011.

<sup>75</sup> A. DAVI, A. ZANOBETTI, «Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 206-207.

<sup>76</sup> Ciò trova riscontro sia nell'art. 1 comma 2 protocollo, sia nell'art. 22 Reg. n. 4/2009. Invero, ai sensi del primo: «Le decisioni emesse in applicazione del presente protocollo non pregiudicano l'esistenza di uno dei rapporti di cui al paragrafo 1».

Al pari della Convenzione dell'Aia del 1973,<sup>77</sup> il protocollo ha portata universale ed i suoi effetti sono *erga omnes* in quanto determina l'applicazione anche di norme appartenenti a Stati non contraenti.<sup>78</sup> Così, nell'ipotesi in cui un creditore residente in uno Stato che non abbia aderito al protocollo instauri una causa nel foro del debitore, la legge dello Stato di residenza del primo deve comunque trovare applicazione.<sup>79</sup> Stessa cosa nel caso in cui il creditore sia citato nel proprio foro, situato in un Paese che non ha aderito al protocollo; la legge applicabile alla controversia è comunque quella dello Stato di residenza abituale del creditore.

Ai sensi dell'art. 3 protocollo, le obbligazioni alimentari sono infatti disciplinate dalla legge dello Stato di residenza abituale del creditore. Come per la competenza internazionale, il cambiamento di residenza comporta l'applicazione di una nuova legge (art. 3 comma 2).

Gli artt. 4, 5 e 6 contengono norme cd. speciali che si applicano nei confronti di diversi soggetti del rapporto alimentare. Nello specifico l'art. 4 concerne le obbligazioni alimentari dei genitori nei confronti dei figli (e viceversa) e di persone diverse dai genitori nei confronti di soggetti di età inferiore agli anni ventuno, ad esclusione dei rapporti tra coniugi o *ex* coniugi. Questi sono regolati dall'art. 5, il quale consente di applicare la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale comune (o altra che presenti uno stretto collegamento con il matrimonio) in luogo di quella determinata dall'art. 3 quando una delle parti ne faccia richiesta.<sup>80</sup>

L'art. 6 consente al debitore, fuori dai casi di rapporti di filiazione o di coniugio, di opporsi alla pretesa creditoria, dimostrando l'inesistenza di un'obbligazione alimentare sia ai sensi della legge dello Stato di residenza abituale, sia di cittadinanza comune. Tale disposizione trova applicazione nei rapporti tra cugini o fra suoceri e generi.<sup>81</sup>

Il protocollo ammette anche la scelta della legge applicabile. Questa può avvenire ai fini di un determinato procedimento (art. 7) o, in via generale, per disciplinare il rapporto alimentare tra le parti (art. 8). Nel primo caso, la designazione è finalizzata ad una specifica controversia, è ammissibile anche nei confronti di un minore e deve rispettare determinati requisiti formali.<sup>82</sup> L'art. 8, invece, consente alle parti solo di accedere ad una lista predeterminata di leggi e non ammette scelta nel caso in cui essa riguardi minori di anni diciotto o soggetti legalmente incapaci (art. 8 comma 3).

La legge determinata dal protocollo non trova applicazione «soltanto nella misura in cui produca effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico del foro» (art. 13).

**15.** In Germania, le disposizioni del protocollo non sembrano creare particolari problemi applicativi.

Tuttavia, è interessante analizzare la pronuncia della *Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen*<sup>83</sup> nella quale si discute della legge applicabile alla modifica di una decisione sul mantenimento. Il caso è però del tutto particolare in quanto il diritto sul quale si è fondata la decisione originaria è stato determinato in modo errato e, allo stesso tempo, non è avvenuto alcun cambio di residenza da parte del creditore che consenta di applicare una nuova legge.

---

Anche l'art. 22 stabilisce che: «Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione in materia di obbligazioni alimentari a norma del presente regolamento non implicano in alcun modo il riconoscimento del rapporto di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità alla base dell'obbligazione alimentare che ha dato luogo alla decisione».

<sup>77</sup> Ai sensi dell'art. 3 della convenzione: «The law designated by this Convention shall apply irrespective of any requirement of reciprocity and whether or not it is the law of a Contracting State».

<sup>78</sup> I. VIARENGO, «Sulla disciplina degli obblighi alimentari» cit., p. 827.

<sup>79</sup> A. BONOMI, «The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations», in *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2008, p. 337.

<sup>80</sup> Tale previsione nasce dall'idea secondo cui la legge di residenza abituale del creditore rappresenti una tutela eccessiva qualora essa si trovi ad operare nei confronti di coniugi o *ex* coniugi. In assenza della disposizione di cui all'art. 5, sarebbe infatti consentito al creditore di determinare unilateralmente la legge applicabile al mantenimento attraverso un repentino cambio di residenza precedente all'instaurazione della causa sugli alimenti.

<sup>81</sup> N. CONTI, V. BISSMEIER, «Das neue Haager Unterhaltsprotokoll» cit., p. 66.

<sup>82</sup> L'art. 7 comma 2 chiarisce che la scelta della legge applicabile deve formare oggetto di un accordo, sottoscritto da entrambe le parti e redatto in forma scritta o registrato su un supporto accessibile in caso di successive consultazioni.

<sup>83</sup> OLG Bremen 17 ottobre 2016, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2017, p. 614-617.

Il debitore risiede da diversi anni in Polonia mentre il creditore, suo figlio, in Germania. Nel 2016 l'*Amtsgericht Bremen*, su richiesta del debitore, libera quest'ultimo dall'obbligo di provvedere al mantenimento posto a suo carico dal giudice polacco con la pronuncia di divorzio. Il tribunale tedesco applica la legge tedesca, in quanto legge del luogo di residenza del creditore.

L'*Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen* ritiene invece fondato l'appello del creditore, il quale contesta l'applicazione del diritto tedesco in luogo di quello polacco.

Secondo il giudice di appello, infatti, laddove non si sia verificato alcun cambio di residenza del creditore di alimenti a seguito della decisione originaria, la legge su cui si è basata quest'ultima rimane invariata, indipendentemente dal fatto che il diritto applicabile sia stato correttamente individuato o meno.

Nel caso di specie, infatti, sebbene il minore risiedesse in Germania, il giudice polacco ha applicato la legge polacca anche alle statuizioni sul mantenimento. Il minore ha continuato a risiedere nello stesso Paese anche a seguito della decisione originaria, non rendendo possibile la modifica della legge applicabile.

Il caso esaminato mostra come il mutamento della legge applicabile può solo derivare da modifiche sostanziali di natura fattuale, in particolare dal cambio di residenza abituale del creditore (art. 3 comma 2 protocollo). Se tale circostanza non si verifica, la legge applicabile rimane la stessa anche nel contesto di una successiva modifica della decisione, in quanto il protocollo non consente un'applicazione indiscriminata del diritto sostanziale dello Stato di residenza abituale del creditore.<sup>84</sup>

Da ultimo, l'adesione al protocollo consente di beneficiare dell'abolizione dell'*exequetur*, come disciplinato dall'art. 17 e ss. Reg. n. 4/2009, consolidando ulteriormente il legame tra i due strumenti (vedi *infra* par. VIII).<sup>85</sup>

## VII. Il coordinamento tra le fonti sulla legge applicabile

16. Prima dell'entrata in vigore del Protocollo dell'Aia del 2007, la legge applicabile alle obbligazioni alimentari era regolata, tra gli Stati aderenti, dalla Convenzione dell'Aia del 1956<sup>86</sup> e del 1973.<sup>87</sup> Entrambe le convenzioni, come il protocollo, prevedono che la legge dello Stato di residenza abituale del creditore alimentare (del minore nel caso della convenzione più risalente) disciplini le obbligazioni alimentari.

Il rapporto tra il protocollo ed i precedenti strumenti internazionali è disciplinato dagli artt. 18 e 19 protocollo, oltre che dall'art. 69 Reg. n. 4/2009. Ai sensi dell'art. 18, il protocollo «sostituisce nei rapporti tra Stati contraenti» sia la Convenzione dell'Aia del 1956 che del 1973. Secondo l'art. 19, in assenza di dichiarazioni contrarie, il protocollo non pregiudica l'applicazione di quegli strumenti che riguardino le stesse materie e di cui uno Stato «è oppure sarà parte».

Infine, l'art. 69<sup>88</sup> Reg. n. 4/2009 dichiara che l'applicazione delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali non è pregiudicata dal regolamento (comma 1) ma che quest'ultimo, tuttavia,

<sup>84</sup> M. ANDRAE, «Einleitung HUntStProt», in *Europäisches Zivilprozess* cit., p. 645-647.

<sup>85</sup> V. LIPP, «Statut des Kindesunterhalts nach Aufenthaltswechsel», in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2019, p. 402-403.

<sup>86</sup> Convenzione dell'Aia del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti dei minori è reperibile sul sito [www.hcch.net](http://www.hcch.net) unicamente nella versione francese, in quanto adottata in tale lingua.

<sup>87</sup> Convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, consultabile sul sito della Conferenza dell'Aia sia in lingua francese, sia in lingua inglese. Per un'analisi approfondita sugli strumenti internazionali in materia di legge applicabile alle obbligazioni alimentari e sui rapporti tra loro intercorrenti: L. CARBALLO PIÑEIRO, «Relationship between the 2007 Hague Maintenance Protocol and the Prior Hague Maintenance Conventions», in *Planning the Future of Cross Border Families*, a cura di I. VIARENGO, F. C. VILLATA, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing 2020, p. 385-396; K. KROLL-LUDWIGS, «Das Verhältnis von Haager Unterhaltsprotokoll (2007) und Haager Unterhaltsübereinkommen (1973): lex posterior derogat legi priori?», in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2016, p. 34-40; G. BADIALI, *La disciplina internazionale degli obblighi alimentari*, Napoli, 1994, p. 37 ss.; C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*, Padova, Cedam 1989 p. 126 ss.; P. DE CESARI, «Le nuove convenzioni dell'Aja in materia di obbligazioni alimentari», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, p. 42 ss.

<sup>88</sup> Ai sensi dell'art. 69: «1. Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento, fatti salvi gli obblighi che incombono agli Stati membri in virtù dell'articolo 307

prevale nelle relazioni tra Stati membri (comma 2). Tra i Paesi che vi hanno aderito, dunque, il protocollo viene applicato in luogo delle precedenti convenzioni in materia; l'applicazione degli strumenti internazionali, in linea di principio, non è pregiudicata né dal protocollo e né dal regolamento, ma quest'ultimo gode di applicazione prioritaria fra Stati membri.

L'applicazione di queste disposizioni si configura però problematica.

Particolarmente delicata è la questione relativa alla legge applicabile alle controversie tra Stati parte della Convenzione del 1956 o del 1973 che hanno aderito al protocollo e coloro che hanno adottato le suddette convenzioni ma non il protocollo. La Convenzione dell'Aia del 1956 continua ad essere applicata dal Liechtenstein e dalla Regione speciale di Macao (Cina),<sup>89</sup> mentre quella del 1973 dall'Albania, dal Giappone, dalla Svizzera e dalla Turchia.

Infatti, l'art. 18 protocollo non indica esplicitamente se le suddette convenzioni continuino ad applicarsi nei confronti degli Stati che non sono parte del protocollo o se, data l'efficacia universale di quest'ultimo (art. 2), sia il protocollo a trovare applicazione.<sup>90</sup>

Sul punto sono stati prospettati due opposti indirizzi. Un primo orientamento fa ancora riferimento alle convenzioni dell'Aia per determinare la legge applicabile nell'ipotesi in cui esse siano applicabili da entrambi gli Stati coinvolti. Infatti, il protocollo non può trovare applicazione fra i Paesi che non vi hanno aderito e, pertanto, questi non sostituisce le convenzioni dell'Aia come voluto dall'art. 18.

Inoltre, l'applicazione universale del protocollo non contrasta con l'art. 18, il quale rappresenta una deroga alla regola generale dell'art. 2; infatti, conformemente ai principi del diritto internazionale, un trattato continua a trovare applicazione fino a che lo stesso non sia sostituito o risolto unilateralmente. Questa evenienza non si è verificata, né con riferimento alla Convenzione dell'Aia del 1956, né a quella del 1973 e, pertanto, queste ultime trovano ancora applicazione in quegli Stati che non hanno aderito al protocollo, anche nei confronti di uno Stato che invece vi abbia aderito.<sup>91</sup>

Secondo questo primo indirizzo, ad esempio, in Germania ove la questione si propone frequentemente nei rapporti con la Svizzera e la Turchia, la legge applicabile viene determinata dalla Convenzione dell'Aia del 1973 nei confronti di creditori residenti in questi ultimi due Paesi.<sup>92</sup> Quanto detto trova conferma negli artt. 69 Reg. n. 4/2009 e 19 comma 1 protocollo.<sup>93</sup>

Un orientamento differente ritiene invece di applicare il protocollo, in luogo delle convenzioni, basandosi sul carattere universale dello stesso, secondo cui le norme di conflitto ivi contenute trovano applicazione in maniera del tutto indipendente dal requisito della reciprocità ed anche laddove si tratti della legge di uno Stato non contraente. Secondo questo indirizzo, la Convenzione dell'Aia del 1973 viene sostituita anche nei rapporti tra Stati non contraenti, diversamente da quanto suggerisce la formu-

---

del trattato. 2. Nonostante il paragrafo 1 e fatto salvo il paragrafo 3, il presente regolamento prevale, tra gli Stati membri, sulle convenzioni e gli accordi che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento e di cui sono parte gli Stati membri. 3. Il presente regolamento non osta all'applicazione della convenzione del 23 marzo 1962 tra la Svezia, la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda e la Norvegia sul recupero dei crediti alimentari da parte degli Stati membri che ne sono parte, considerato che detta convenzione prevede, per quanto riguarda il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione di decisioni: a) procedure semplificate e accelerate per l'esecuzione di decisioni in materia di alimenti; e b) disposizioni relative al patrocinio a spese dello Stato più favorevoli di quelle previste al capo V del presente regolamento. Tuttavia, l'applicazione di tale convenzione non priva il contenuto della tutela offertagli dagli articoli 19 e 21 del presente regolamento».

<sup>89</sup> La convenzione si applica esclusivamente alla regione amministrativa speciale di Macao poiché vi era in vigore a seguito di un'estensione fatta dal Portogallo, del quale era una colonia. Successivamente alla restituzione di Macao alla Repubblica popolare cinese (20 dicembre 1999), la Cina ha dichiarato che la convenzione continuerà ad applicarsi a Macao.

<sup>90</sup> F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari* cit., p. 209-210.

<sup>91</sup> D. HENRICH, *Im Labyrinth des internationalen Unterhaltsrechts*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 1763.

<sup>92</sup> Cfr. *BGB-Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdhaftG, VVG, VersAusglG, WEG und ausgewählten Rechtsquellen des IPR*, Köln, Dr. Otto Schmidt 2017, Rn. 1; A. DUTTA, «OLG Stuttgart: Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls in deutsch-türk. Fällen», in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2014, p. 2005-2006; M. ANDRAE, «Zum Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zum Haager Protokoll über das Unterhaltskollisionsrecht», in *GPR- Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2010, p. 196.

<sup>93</sup> M. ANDRAE, «Kapitel III: Anwendbares Recht Art 15 EG-UntVO», in *Europäisches Zivilprozess* cit., p. 604-605.

lazione dell'art. 18. Anche la Relazione esplicativa al protocollo curata da Andrea Bonomi<sup>94</sup> propende per l'applicazione di quest'ultimo strumento.<sup>95</sup>

Pertanto, quando si tratta di un Paese che ha aderito al protocollo, la legge applicabile viene determinata da quest'ultimo e può portare anche all'applicazione del diritto sostanziale svizzero o turco, in quanto non è più imposto alcun obbligo di reciprocità tra Stati, come accadeva in vigenza degli strumenti internazionali precedenti.<sup>96</sup> Quando la prospettiva è invece quella di un Paese che non ha aderito al protocollo, ma solo ad una delle convenzioni suddette, la legge applicabile viene determinata da queste ultime.

Infine, nel caso in cui nessuna delle suddette convenzioni sia stata oggetto di ratifica, trovano applicazione le norme di diritto internazionale privato di ciascun Paese.

**17.** La questione della legge applicabile alla Svizzera ed alla Turchia è talmente delicata che è significativo che le corti tedesche abbiano evitato di prendere un'esplicita posizione sul punto.

In un caso deciso dal *Bundesgerichtshof*,<sup>97</sup> il debitore (cittadino tedesco) e la creditrice (cittadina svizzera) concludono un contratto prematrimoniale di fronte ad un notaio tedesco. Nessuna indicazione viene data sulla legge applicabile al mantenimento. Le parti risiedono in Germania fino alla separazione; successivamente la creditrice si trasferisce col figlio in Svizzera. L'*Amtsgericht Nürtingen* applica il diritto tedesco e pronuncia lo scioglimento del vincolo matrimoniale delle parti, ponendo a carico del debitore il mantenimento della creditrice. In appello, l'*Oberlandesgericht Stuttgart* fonda la propria decisione sulla legge svizzera (legge dello Stato di residenza abituale della creditrice) sulla base dell'art. 2 protocollo ed incrementa l'assegno di mantenimento. Secondo il giudice, infatti, il fatto che la Svizzera non abbia aderito al protocollo non ha alcuna rilevanza nel caso di specie in quanto, grazie a carattere universale dello stesso, può trovare applicazione anche la legge di uno Stato non contraente.

Entrambe le parti ricorrono al *Bundesgerichtshof*. Questi considera privo di utilità indagare sull'operatività o meno del protocollo nei confronti della Svizzera in quanto ritiene che il diritto tedesco trovi applicazione in ogni caso. Infatti, sia sulla base dell'art. 8 Convenzione dell'Aia del 1973<sup>98</sup> che dell'art. 5 protocollo, secondo cui nei rapporti tra «coniugi, ex coniugi o persone il cui matrimonio sia stato annullato» può applicarsi la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale comune o di altra che presenti uno stretto collegamento, il diritto applicabile risulta quello tedesco. Nel primo caso, in quanto legge regolatrice del divorzio statuito dalle autorità tedesche; nel secondo, in virtù dell'opposizione del debitore al diritto svizzero in favore di quello dello Stato dell'ultima residenza comune delle parti.

Desti particolare interesse la parte finale della sentenza, ove il giudice di legittimità osserva di non poter porre fine al dibattito suddetto. Infatti il protocollo, a seguito della ratifica da parte dell'Unione europea, è soggetto unicamente all'interpretazione fornita dal giudice di Lussemburgo.<sup>99</sup>

Anche l'*Oberlandesgericht Stuttgart*<sup>100</sup> nel caso relativo alla modifica del mantenimento in favore di due creditori residenti in Turchia affronta il problema della legge applicabile. Il giudice tedesco, accennando ai due indirizzi suddetti ma non schierandosi né in un senso né nell'altro, ritiene applicabile la legge turca al caso concreto, in quanto legge dello Stato di residenza abituale dei creditori, rilevante sia ai sensi della Convenzione dell'Aia del 1973 (ex art. 4) sia del protocollo (ex art. 3). L'*Oberlandesgericht Stuttgart* non prende posizione sul punto e si riferisce alla suddetta sentenza del *Bundesgerichtshof*, ove la questione è stata volutamente lasciata aperta.

Le citate sentenze mettono in luce l'esistenza di un problema applicativo che coinvolge ciascun operatore del diritto e non ha ancora trovato soluzione.

<sup>94</sup> Cfr. punto 199 della versione italiana consultabile sul sito <https://assets.hcch.net/docs/a20ac557-f94d-42da-b625-776e-7de69f01.pdf>.

<sup>95</sup> N. CONTI, V. BISSMEIER, «Das neue Haager Unterhaltsprotokoll» cit., p. 63.

<sup>96</sup> R. HAUSMANN, «Ehegatten- und Kindesunterhalt», in *Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht*, a cura di R. HAUSMANN, München, C.H. Beck 2013.

<sup>97</sup> BGH 26 giugno 2013, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014, p. 345-349.

<sup>98</sup> Secondo questa disposizione, la legge applicata al divorzio dovrebbe regolare sia le obbligazioni alimentari tra sposi, sia la modifica delle decisioni ad esse relative.

<sup>99</sup> Cfr. par. 37.

<sup>100</sup> OLG Stuttgart 17 gennaio 2014 cit., *supra* nota 30.

Permane dunque, a quasi dieci anni dall'applicazione del protocollo, la necessità di un intervento chiarificatore della Corte di giustizia sul punto. Se quest'ultimo avrà meno rilevanza pratica nell'ipotesi in cui dall'applicazione di uno strumento o dall'altro consegua lo stesso risultato, lo stesso non può dirsi nel caso in cui la legge applicabile risulti invece differente.

Tralasciando in questa sede l'analisi della portata dell'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale, si auspica che avanti ai giudici degli Stati membri giungano quanto prima contenziosi nei quali le norme di conflitto previste dal protocollo e dalla Convenzione dell'Aia del 1956 o 1973, non prescrivano l'applicazione della stessa legge.

Ad un tale risultato, come si è dimostrato nel corso degli anni, si fatica ad arrivare considerato il rapporto di continuità temporale e materiale che lega gli strumenti in esame.

### VIII. Il riconoscimento, l'esecutività e l'esecuzione dei provvedimenti in materia alimentare

**18.** Il Reg. n. 4/2009 regola la circolazione delle decisioni fra Stati membri prevedendo, al capo IV, due distinti sistemi ed alcune norme comuni applicabili in entrambe le ipotesi.

Il primo sistema (ed il più innovativo) dispone il riconoscimento, senza possibilità di opposizione, nonché l'esecuzione *ex lege* di tutte quelle decisioni emesse in un Paese vincolato al Protocollo dell'Aia del 2007 (vedi *supra* par. VI).<sup>101</sup>

Il secondo rende invece necessaria, per gli Stati non aderenti al protocollo, una dichiarazione di esecutività tramite una procedura che si ispira a quella del previgente Reg. n. 44/2001.<sup>102</sup> L'art. 48<sup>103</sup> estende la disciplina del capo IV anche alle transazioni giudiziarie ed agli atti pubblici.

La prima ipotesi, tramite il riconoscimento e l'esecuzione automatica delle sentenze esecutive nello Stato di origine, comporta l'equiparazione di una decisione straniera ad una nazionale (artt. 17-22). Il convenuto che non sia comparso di fronte alle autorità giurisdizionali dello Stato membro di origine può però ottenere una dichiarazione di nullità della decisione emessa (cons. n. 29 e art. 19).

L'esecuzione della decisione può essere rifiutata dall'autorità giurisdizionale qualora il diritto ad ottenerla si sia prescritto ai sensi della legge dello Stato di origine o dello Stato richiesto (se più lungo), nonché qualora la decisione risulti inconciliabile con altra emessa in quest'ultimo. L'esecuzione può essere invece sospesa qualora nel Paese di origine sia stata presentata una domanda di riesame o l'esecutività della decisione sia stata sospesa (art. 21 comma 3). Tra i motivi di rifiuto o sospensione possono figurare anche quelli previsti dal diritto nazionale dello Stato dell'esecuzione ma, in ogni caso, il contrasto con l'ordine pubblico non determina il rigetto dell'esecuzione.<sup>104</sup>

Dall'art. 23 all'art. 38 viene invece disciplinata la procedura per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emesse nel Regno di Danimarca e nel Regno Unito, unici "Stati membri" non vincolati al protocollo.

Il riconoscimento è anche in questo caso automatico, a meno che non sussistano motivi di rifiuto previsti all'art. 24. Tra questi figurano, tra l'altro, la contrarietà all'ordine pubblico e l'incompatibilità della decisione con un'altra emessa nello Stato membro del riconoscimento. Una nuova decisione, che ne modifichi una precedente, non rientra invece nel concetto di «decisione inconciliabile» idonea a determinare il rifiuto del riconoscimento.

<sup>101</sup> R. PACIA, «Regolamento (CE) n. 4/2009: competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari», in *Studium Iuris*, 2011, p. 15.

<sup>102</sup> M. C. BARUFFI, «In tema di riconoscimento delle decisioni» cit., p. 136; M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009» cit., p. 1090.

<sup>103</sup> Ai sensi dell'art. 48: «1. Le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici esecutivi nello Stato membro d'origine sono riconosciuti in un altro Stato membro e hanno la stessa esecutività delle decisioni ai sensi del capo IV. 2. Le disposizioni del presente regolamento sono applicabili, se del caso, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici. 3. L'autorità competente dello Stato membro d'origine rilascia, su istanza di qualsiasi parte interessata, un estratto della transazione giudiziaria o dell'atto pubblico utilizzando, a seconda dei casi, il modulo di cui agli allegati I e II ovvero agli allegati III e IV».

<sup>104</sup> F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009» cit., p. 822-824.

L'esecuzione di una decisione già esecutiva nel Paese di origine è disciplinata dalla *lex fori* di ciascuno Stato richiesto. La pronuncia deve essere dichiarata esecutiva presso quest'ultimo tramite un procedimento regolato dagli artt. 27-30.

La persona contro la quale si procede non può presentare alcuna osservazione in questa fase ma ha la facoltà di ricorrere contro la domanda volta ad ottenere la dichiarazione di esecutività (artt. 32 e 33). Questa decisione può a sua volta essere oggetto di impugnazione, ma il rifiuto o la revoca, dipendono dai motivi di cui all'art. 24.<sup>105</sup>

Da quanto suesposto emerge che, al fine di dare esecuzione negli Stati membri alle decisioni provenienti dal Regno di Danimarca e dal Regno Unito, data l'assenza di norme di conflitto uniformi, sia prima necessario dichiararne l'esecutività; al contrario, le decisioni che provengono dagli altri Stati membri vengono automaticamente eseguite anche nei Paesi che non sono vincolati al protocollo.<sup>106</sup>

**19.** Le disposizioni del regolamento concernenti l'esecuzione delle decisioni hanno creato qualche problema applicativo, in quanto esse non individuano quale sia il giudice competente per questa fase.

La prassi ha cercato di colmare questo vuoto normativo applicando, in via suppletiva, l'art. 24 comma 5 Reg. n. 1215/2012, il quale attribuisce la competenza per la fase dell'esecuzione al giudice del luogo in cui questa avviene.<sup>107</sup>

La scelta di tale disposizione non appare però del tutto pertinente, in quanto le obbligazioni alimentari sono esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione del Reg. n. 1215/2012 (art. 1 comma 2 lett. e). Infatti, dal 18 giugno 2011, la materia alimentare è disciplinata unicamente dal Reg. n. 4/2009, il quale rappresenta una *lex specialis* rispetto ai regolamenti che lo hanno preceduto.

Allo stesso tempo però, il Reg. n. 4/2009 disciplina la competenza internazionale solo per la fase di cognizione (artt. 3 e ss.); per quella di esecuzione invece, esso si limita a specificare che il procedimento è retto dalla legge dello Stato membro richiesto (art. 41 comma 1)<sup>108</sup> senza indicare esplicitamente il giudice competente.

La questione è stata affrontata in tempi recenti dalla Corte di giustizia, adita dall'*Amtsgericht Köln* con rinvio pregiudiziale in data 14 gennaio 2019,<sup>109</sup> che ha chiarito in quali ipotesi l'opposizione all'esecuzione di una decisione straniera rientri nell'ambito di applicazione del Reg. n. 4/2009.

L'*Amtsgericht Köln* chiede infatti se un'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 767 ZPO,<sup>110</sup> contro un titolo straniero in materia di alimenti, rientri nel campo di applicazione del Reg. n. 4/2009 o, in caso contrario, del Reg. n. 1215/2012 (art. 24 comma 5).

Nel 2009 il giudice polacco pone a carico del debitore, residente in Germania, il mantenimento di sua figlia, residente in Polonia, la quale, ottenuta l'apposizione della formula esecutiva dall'*Amt-*

<sup>105</sup> Ai sensi dell'art. 24: «Le decisioni non sono riconosciute: a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento. Le norme sulla competenza non riguardano l'ordine pubblico; b) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione; c) se sono incompatibili con una decisione emessa tra le stesse parti nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento; d) se sono incompatibili con una decisione emessa precedentemente tra le stesse parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, qualora tale decisione soddisfi le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento. La decisione che abbia l'effetto di modificare una precedente decisione in materia di obbligazioni alimentari a causa di un mutamento delle circostanze non è considerata una decisione inconciliabile ai sensi delle lettere c) o d)».

<sup>106</sup> M. NADEMLENSKY, «Die neue EU-Unterhaltsverordnung» cit., p. 133.

<sup>107</sup> L'art. 24 comma 5, collocato nella sezione 6 del capo II del regolamento dispone che: «Indipendentemente dal domicilio delle parti, hanno competenza esclusiva le seguenti autorità giurisdizionali di uno Stato membro: (...) 5) in materia di esecuzione delle decisioni, le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio ha o ha avuto luogo l'esecuzione».

<sup>108</sup> L'art. 41 comma 1, intitolato «Procedimento e condizioni d'esecuzione» stabilisce che: «1. Fatte salve le disposizioni del presente regolamento, il procedimento d'esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione. Le decisioni emesse in uno Stato membro che sono esecutive nello Stato membro dell'esecuzione sono eseguite alle stesse condizioni delle decisioni emesse nello Stato membro dell'esecuzione».

<sup>109</sup> AG Köln 14 gennaio 2019, in *Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht*, 2019, p. 519-521.

<sup>110</sup> Ai sensi dell'art. 767 ZPO, intitolato «Vollstreckungsabwehrklage» (opposizione all'esecuzione), le contestazioni relative ad un credito accertato in sentenza devono essere sollevate davanti al giudice dell'esecuzione e sono ammissibili laddove i motivi siano sorti successivamente alla chiusura della discussione orale.

*sgericht Köln*, avvia in Germania una procedura di esecuzione forzata contro il debitore. Quest'ultimo nell'aprile 2018, davanti allo stesso giudice, presenta un'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 767 ZPO, sostenendo di aver già effettuato il pagamento ed estinto il proprio debito.

Il giudice tedesco si interroga sulla propria competenza internazionale ad esaminare il merito dell'opposizione. Da una parte, infatti, se quest'ultima rientra nella materia delle obbligazioni alimentari, il Reg. n. 4/2009 sembrerebbe attribuire la competenza alle autorità polacche. L'opposizione presentata dal debitore equivale ad una modifica del titolo alimentare del quale si chiede l'esecuzione; per questa ragione deve applicarsi l'art. 8 Reg. n. 4/2009, il quale vieta al debitore che voglia ottenere la modifica di una decisione, di adire un giudice differente rispetto a quello che abbia statuito in origine, nell'ipotesi in cui il creditore continui a risiedere nello Stato in cui sia stata emessa la decisione. Il giudice del rinvio ritiene inoltre che solo in questo modo si preserva la posizione di favore del creditore sotto il profilo delle regole di competenza, in quanto si esclude che quest'ultimo si difenda da un'opposizione all'esecuzione, avente ad oggetto eccezioni di merito, in un foro differente da quello nel quale sia stata emessa la decisione.

Dall'altra parte, invece, l'art. 767 ZPO consente di sollevare le eccezioni relative al credito davanti al giudice dell'esecuzione e sembra quindi ritenere le autorità tedesche competenti a pronunciarsi sul punto. Tuttavia, secondo la dottrina tedesca, tale opposizione non rientra tra le azioni previste dal Reg. n. 4/2009, in quanto si riferisce alla fase di esecuzione, di cui il regolamento non disciplina la competenza.

Il giudice tedesco si chiede quindi se, esclusa l'applicazione del Reg. n. 4/2009, si possa qualificare l'opposizione all'esecuzione in conformità all'art. 24 comma 5 Reg. n. 1215/2012.

La Corte di giustizia, con sentenza *Fx. c. Gz.* del 4 giugno 2020,<sup>111</sup> chiarisce che l'opposizione di un debitore all'esecuzione di un credito alimentare, che sia stato accertato dal giudice di uno Stato membro, rientra nell'ambito di applicazione del Reg. n. 4/2009 a condizione che presenti uno stretto collegamento con il procedimento di esecuzione.

L'eccezione di cui all'art. 767 ZPO, relativa all'adempimento del debito, non mira infatti a modificare la decisione originaria ma, piuttosto, a contestare l'importo da eseguire. Essa non viene neppure sollevata per ottenere un riesame della decisione e quindi, poiché tende esclusivamente ad impedirne l'esecuzione, lascia del tutto impregiudicato il titolo alimentare. In definitiva, con l'opposizione il debitore vuole solo ottenere l'esatta quantificazione dell'importo della decisione da eseguire.

Come osservato nell'opinione espressa dall'avvocato generale, l'esecuzione di una decisione rientra sempre nella competenza del giudice dello Stato membro dell'esecuzione, in quanto si tratta di un principio comune a tutte le misure di cooperazione in materia civile. Nei casi, dunque, in cui l'eccezione del debitore è intrinsecamente connessa al procedimento di esecuzione, la competenza a pronunciarsi nel merito dell'opposizione deve essere attribuita al giudice dello Stato membro in cui la decisione deve essere eseguita.

Questa circostanza viene confermata, secondo la Corte, dall'art. 41 comma 1 Reg. n. 4/2009 il quale, nell'indicare che la fase dell'esecuzione viene regolata dalla legge dello Stato dell'esecuzione, è anche norma attributiva di competenza per l'opposizione.

L'interpretazione contraria contrasterebbe con gli obiettivi di celerità e semplicità perseguiti dal regolamento; infatti, mentre la sentenza verrebbe eseguita nello Stato dell'esecuzione su istanza del creditore, il debitore sarebbe obbligato ad opporsi ad essa nello Stato in cui la decisione è stata emessa, facendo valere l'avvenuto adempimento dell'obbligazione accertata. L'impossibilità di opporsi nel Paese in cui viene eseguita la sentenza determinerebbe, dunque, un inutile dispendio di tempo e denaro per le parti e per l'apparato giudiziario degli Stati membri coinvolti.

## IX. Le disposizioni transitorie

**20.** L'applicazione del Reg. n. 4/2009 viene disciplinata dall'art. 75. Il primo comma stabilisce infatti, «fatti salvi i paragrafi 2 e 3», l'applicazione del regolamento ai procedimenti (transazioni giu-

<sup>111</sup> Corte di giustizia 4 giugno 2020, *Fx c. Gz.*, 41/19.

diziarie ed atti pubblici) instaurati dal 18 giugno 2011, data dalla quale ai sensi dell'art. 76 comma 3 si applica il regolamento.

Il comma secondo, invece, prevede l'applicazione delle disposizioni relative agli Stati membri non vincolati al protocollo qualora si richieda il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività dopo la data di applicazione del Reg. n. 4/2009 per decisioni emanate anteriormente al 18 giugno 2011. L'*exequatur* è anche richiesto per le pronunce che rientrano, per quanto concerne il riconoscimento e l'esecuzione, nel campo di applicazione del Reg. n. 44/2001, laddove emanate successivamente al 18 giugno 2011 nell'ambito di procedimenti avviati anteriormente a questa data.

L'operatore del diritto che si trovi di fronte ad un credito alimentare deve per prima cosa verificare se questo rientri nel campo di applicazione del Reg. n. 44/2001 o del Reg. n. 4/2009. Laddove il credito venga qualificato come alimentare, ci si deve riferire a quest'ultimo strumento prestando però attenzione alla disciplina dell'art. 75.<sup>112</sup>

In un caso recente trattato dal *Bundesgerichtshof*<sup>113</sup> il debitore ed i suoi figli minorenni litigano sulla necessità di una dichiarazione di esecutività di un provvedimento sul mantenimento. Nel dicembre 2011, la madre dei creditori presenta un'istanza al giudice polacco per ottenere il mantenimento provvisorio dei figli. Questo provvedimento viene chiesto nel corso del giudizio di divorzio, pendente in Polonia dal 2010. Anni dopo, i creditori chiedono che la decisione sia dichiarata esecutiva in Germania. Tale richiesta viene accolta in primo grado ma respinta in appello, sul presupposto che si applichi il regolamento e dunque la sentenza sia già esecutiva e non necessiti di *exequatur*. I creditori ricorrono al *Bundesgerichtshof* il quale conferma che il provvedimento polacco non necessita di *exequatur*.

Infatti, ai sensi dell'art. 17 comma 2 Reg. n. 4/2009, se una decisione proviene da uno Stato membro vincolato al Protocollo dell'Aia del 2007 ed è esecutiva nel Paese di origine, essa lo è automaticamente anche negli altri Stati membri. I creditori contestano invece l'applicabilità del Reg. n. 4/2009, in quanto la domanda di divorzio è stata introdotta precedentemente al 18 giugno 2011. Il *Bundesgerichtshof*, al contrario, dichiara che la domanda sul mantenimento per il periodo di svolgimento del giudizio di divorzio deve considerarsi autonoma e, poiché introdotta successivamente al 18 giugno 2011, soggetta all'applicazione del regolamento. Per tale ragione, il provvedimento polacco è esecutivo anche in Germania senza che sia necessaria alcuna dichiarazione in tal senso.

Nella sentenza in esame si discute della necessità di una dichiarazione di esecutività di una decisione straniera. Problema centrale è l'applicabilità del Reg. n. 4/2009, ed in particolare delle disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze. Ai sensi dell'art. 76 comma 3, il regolamento si applica dal 18 giugno 2011 ed ai sensi dell'art. 75 comma 1, a tutti i procedimenti avviati successivamente a questa data. L'art. 75 comma 2, al contrario, indica due ipotesi nelle quali si rende ancora necessario l'*exequatur*. Il momento in cui viene instaurata una controversia per l'ottenimento di un titolo alimentare ne determina la disciplina applicabile e, nell'ipotesi in cui se ne chieda poi l'esecuzione, la necessità o meno di una dichiarazione di esecutività.

L'art. 3 lett. c) nelle azioni relative allo stato delle persone, quali ad esempio quelle sul divorzio, consente al giudice di statuire anche sulla domanda inerente le obbligazioni alimentari quando accessoria all'azione principale. La possibilità di portare di fronte allo stesso giudice la domanda di divorzio e quella relativa al mantenimento non può però incidere sull'autonomia delle stesse, ciascuna delle quali, qualora introdotta in un momento diverso, sarà collocata in un proprio spazio temporale.

<sup>112</sup> C. KERN, «Die Vollstreckbarkeit ausländischer familienrechtlicher Zahlungstitel», in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts.*, 2017, p. 475-476.

<sup>113</sup> BGH 25 settembre 2019, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2020, p. 123-125.

# EL INGRESO MÍNIMO VITAL A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL VIGENTES EN ESPAÑA

## THE MINIMUM VITAL INCOME IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN UNION LAW AND THE INTERNATIONAL SOCIAL SECURITY TREATIES IN FORCE IN SPAIN

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 09.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5974>

**Resumen:** El Ingreso Mínimo Vital y las rentas mínimas autonómicas presentan innegables similitudes en cuanto a sus objetivos y acción protectora, siendo la diferencia más remarkable que el primero se califica jurídicamente como prestación no contributiva de Seguridad Social sometida a prueba de ingresos. No nos cabe duda de que el Ingreso Mínimo Vital está incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y, por tanto, resulta exportable a los Estados donde se aplica el Derecho de la Unión Europea. Pero, simultáneamente, también puede ser calificado de ventaja social conforme al Reglamento 492/2011. Y como prestación de Asistencia Social a los efectos de la Directiva 2004/38. Respecto a la aplicación al Ingreso Mínimo Vital de los Convenios Internacionales de Seguridad Social vigentes en España puede existir una dicotomía entre la práctica administrativa y el ámbito material de dichos Convenios.

**Palabras clave:** prestación no contributiva de Seguridad Social, Asistencia Social, Ingreso Mínimo Vital, Pilar Europeo de Derechos Sociales.

**Abstract:** The Minimum Vital Income and the minimum autonomic incomes have undeniable similarities attending to their objectives and material scope, being the most remarkable difference that the first one is legally qualified as a non-contributory social security benefit subject to income test. There is no doubt that the Minimum Vital Income is included into the material scope of application of Regulation 883/2004 on the coordination of social security systems. Therefore it is exportable to the States where European Union law is applied. But at the same time it can also be qualified as a social advantage under Regulation 492/2011 and as a social assistance benefit for the purposes of Directive 2004/38. With respect to the application of the International Social Security Treaties in force in Spain to the Minimum Vital Income, there may be a dichotomy between administrative practice and the material scope of those Treaties.

**Keywords:** non-contributory social security benefit, social assistance, Minimum Vital Income, European Pillar of Social Rights.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: conflictos de leyes y protección Social” (DER2017-83040-C4-3-R) y de la Red de Excelencia “La Protección Social y la Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: Los desafíos del Brexit y el pilar Europeo de Derechos Sociales (RED2018-102508-T).

**Sumario:** I. Introducción: Europa 2020 y el riesgo de pobreza y exclusión social en España. II. El Ingreso Mínimo Vital, prestación no contributiva de Seguridad Social sometida a prueba de insuficiencia de recursos económicos. 1. El elenco de prestaciones no contributivas de Seguridad Social a las que se suma el ingreso vital. 2. Endurecimiento de los requisitos para obtener prestación económica no contributiva por hijos o menores a cargo no discapacitados. III. El Ingreso Mínimo Vital y el requisito de la residencia legal en España. 1. Traslado al extranjero como causa de suspensión del Derecho al Ingreso Mínimo Vital. 2. Salida del territorio nacional como causa de extinción del Derecho al Ingreso Mínimo Vital. IV. La (in)existente frontera entre prestaciones contributivas y no contributivas desde el punto de vista de su financiación. V. Rentas mínimas autonómicas: prestaciones de Asistencia Social conforme al art. 148.1.20 de la Constitución. 1. Las rentas mínimas autonómicas, prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el Reglamento 883/2004. 1. Las rentas mínimas autonómicas, prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el Reglamento 883/2004. VI. El Ingreso Mínimo Vital y el pilar europeo de Derechos sociales. VII. La aplicación del Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social al Ingreso Mínimo Vital. 1. ¿El riesgo de pobreza y la exclusión social están coordinados por el Reglamento 883/2004?. A) La vejez, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004. B) Hijos o menores a cargo, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004. C) La discapacidad, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004. D) El desempleo, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004. 2. Exportación del Ingreso Mínimo Vital. 3. El Ingreso Mínimo Vital ¿Prestación especial en metálico no contributiva? 4. Totalización de períodos resididos en Estados en los que se aplica el Derecho la Unión Europea. VIII. La aplicación del Reglamento 1231/2010 al Ingreso Mínimo Vital. IX. El Ingreso Mínimo Vital como ventaja social a efectos del Reglamento 492/2011. X. El Ingreso Mínimo Vital como prestación de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38: ¿Cobrar el Ingreso Mínimo Vital conlleva dejar de cumplir los requisitos para residir legalmente en España? XI. El Ingreso Mínimo Vital y los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España. 1. La inaplicación del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al Ingreso Mínimo Vital. 2. Prestaciones no contributivas y convenios bilaterales de Seguridad Social. 3. ¿Abono del Ingreso Mínimo Vital por hijos menores a cargo no discapacitados que residen en tercetos Estados por aplicación de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España? 4. ¿Abono del Ingreso Mínimo Vital por los hijos y menores a cargo no discapacitados que residen fuera del territorio de la Unión Europea por aplicación de la recomendación H1 de la Comisión administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes? XII. Conclusiones.

## I. Introducción: Europa 2020 y el riesgo de pobreza y exclusión social en España

1. Uno de los fines de la Seguridad Social que ya fue descrito por Beveridge es la garantía de unos ingresos mínimos garantizados a cualquier persona, objetivo asumido entre los valores socio-políticos que impregnan tanto las políticas de los Estados miembros como la de la Unión Europea. La consecución de la “procura existencial” -el “Daseinvorsorge” de la filosofía existencial que retomaría Forsthoff- de los ciudadanos manteniendo el sistema de producción capitalista va a ser la nota más sobresaliente que va a modular el concepto de Estado Social de Derecho en el que se aspira a garantizar a los individuos unos niveles mínimos de protección. Y de esta manera promover su integración social y económica como instrumento para la prevención y atenuación de la pobreza, así como de garantía para el mantenimiento del orden social.

2. La pobreza<sup>1</sup> no es un fenómeno nuevo en los Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable: ya en 1989 el Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas sostuvo que la pobreza “debe ser combatida en todas sus causas y en todas sus consecuencias, ya que se trata de una injusticia que no puede aceptar una sociedad basada en principios y valores humanistas... pues resulta evidente que nadie puede, a priori, ser considerado responsable de su pobreza y ninguna de sus víctimas podría deseársela para sí”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Eurostat fija el umbral de riesgo de pobreza en el 60 % de la mediana de la renta nacional disponible equivalente (por hogar y después de las transferencias sociales).

<sup>2</sup> Comité Económico y Social. Comunidades Europeas. Dictamen sobre la “Pobreza”. SOC/179. Bruselas, 12 de julio de 1989.

3. En todos los Estados de la Unión Europea la amenaza de la pobreza se encuentra proporcionalmente ligada al nivel educativo del cabeza de familia y a su status socio-profesional. La nacionalidad es otro factor a tener en cuenta, pues cuando el cabeza de familia no tiene la nacionalidad de un Estado miembro el riesgo de pobreza resulta ser más alto que el promedio.

4. Fue en el año 1992 cuando el Consejo publicó la Recomendación 92/441/CEE para que los Estados reconocieran el derecho fundamental de las personas a recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana. Y la Recomendación 92/442/CEE los instaba a orientar sus sistemas de protección social según esos principios.

5. Disminuir en al menos veinte millones el número de seres humanos en riesgo de pobreza y exclusión social en 2020 respecto a las cifras de 2008 era uno de los cinco objetivos de la Estrategia Europea de Crecimiento y Empleo (Europa 2020) aprobada el 17 de junio de 2010. Puesto que para España el objetivo se fijó en una reducción entre 1,4 y 1,5 millones, lograr esa meta implicaba que en 2020 las personas en riesgo de pobreza no deberían superar los 9,3 millones.

6. Pero ya en 2017 la Comisión Europea<sup>3</sup> constataba que alrededor del 25% de la población en la Unión Europea (119 millones de personas) se encontraba en riesgo de pobreza y exclusión social, por lo que la Unión y los Estados miembros estaban muy lejos de alcanzar el objetivo de Europa 2020 que España tampoco ha podido cumplir. No puede achacarse esto último a la pandemia de coronavirus pues un mes antes de que el Gobierno español decretase el Estado de Alarma, la Comisión Europea publicaba en febrero de 2020 que la tasa de riesgo de pobreza en nuestro país estaba “4,4 puntos porcentuales por encima de la media de la UE y las desigualdades en la renta disponible seguían siendo de las mayores de la UE”. Especialmente preocupante es el dato de que entre la población activa española “la proporción de personas con empleo que están en riesgo de pobreza se sitúa en 3,4 puntos porcentuales por encima de la media de la UE<sup>4</sup>.

## II. El Ingreso Mínimo Vital, prestación no contributiva de Seguridad Social sometida a prueba de insuficiencia de recursos económicos

7. La Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2019-2023, aprobada en marzo de 2019, anunciaba la introducción, a más tardar en 2023, de un Ingreso Mínimo Vital (IMV). Sin embargo, la crisis económica derivada de la pandemia, especialmente virulenta en España, aceleró su implementación por medio del Real Decreto-ley 20/2020<sup>5</sup> que se estructura en nueve capítulos, treinta y siete artículos, cinco disposiciones adicionales, siete disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, once disposiciones finales y dos anexos.

8. El artículo 4.2 del citado Real Decreto-ley califica el IMV como prestación no contributiva de Seguridad Social<sup>6</sup>. En España, el artículo 41 de la Constitución claramente configura la Seguridad

<sup>3</sup> Semestre Europeo 2017: Evaluación de los progresos realizados en las reformas estructurales y la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, así como de los resultados de los análisis exhaustivos en virtud del Reglamento (UE) n.º 1176/2011 (COM (2017) 0090).

<sup>4</sup> Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Informe sobre España 2020 que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo. Semestre Europeo 2020: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011. Bruselas. 26.2.2020 SWD (2020) 508 final; pp.79 y 80.

<sup>5</sup> BOE n.º 154, de 1.6.2020. Resolución de 10.6.2020 del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital. Con posterioridad el Real Decreto-ley 20/2020 fue objeto de reformas por el Real Decreto-ley 28/2020 y por el Real Decreto-ley 30/2020.

<sup>6</sup> Sobre los requisitos de acceso a la prestación cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA Y A. TRILLO GARCÍA, *El Ingreso Mínimo Vital en el Sistema de Protección Social*, Murcia, Laborum, 2020, pp.143-159.

Social como una obligación estatal asignada a los poderes públicos (SSTC 65/1987 y 51/2006). Conforme a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas el artículo 149.1.17 atribuye al primero la competencia exclusiva respecto a la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, mientras que las CC.AA. son competentes para legislar en materia de Asistencia Social (artículo 148.1.20 CE).

9. Pero la Seguridad Social no es una institución estática sino dinámica, tal y como la STC 206/1997 reconocía cuando afirmaba que el sistema actual podría evolucionar “hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar”. Y es del todo evidente que con la promulgación del Real Decreto-ley 20/2020 la Seguridad Social Española se ha expandido a una parcela cubierta hasta ese momento en España por las Comunidades Autónomas que, con cargo a sus presupuestos, financian rentas mínimas que se configuran como derechos subjetivos perfectos.

10. Dado que el IMV es una prestación de Seguridad Social sería deseable que en una próxima reforma del Real Decreto legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, su regulación se incluyera dentro de su articulado<sup>7</sup>. En cualquier caso, y para evitar interpretaciones erróneas, es preciso resaltar desde el primer momento que el IMV no se configura como una renta básica garantizada a todos los ciudadanos independientemente de sus recursos económicos<sup>8</sup>, sino que los beneficiarios<sup>9</sup> habrán de acreditar, entre otros requisitos, disponer de ingresos por debajo del umbral de la pobreza (poverty-line)<sup>10</sup>. Rasgo en común que el IMV comparte con otras prestaciones no contributivas de Seguridad Social y de Asistencia Social.

11. Puesto que los extranjeros<sup>11</sup> que residan legalmente en España pueden ser beneficiarios de esta prestación no contributiva se nos antoja realmente problemático, por no decir imposible, que la Administración española pueda verificar con terceros países los ingresos y bienes computables que un ciudadano extranjero posea fuera del territorio español a fin de verificar si cumple los requisitos de carencia de recursos suficientes de acuerdo con la legislación española. Para hacernos una idea de lo complejo que es el intercambio de información entre Estados cuando del reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social se trata, sirva de ejemplo los muchos años y el altísimo coste económico que supuso la implantación en la UE del sistema informático de Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social (EESSI).

## 1. El elenco de prestaciones no contributivas de Seguridad Social a las que se suma el Ingreso Mínimo Vital

12. En el epígrafe IV del preámbulo del Real Decreto-ley 20/2000 se afirma que “la creación del Ingreso Mínimo Vital constituye un hito histórico que viene a equilibrar la configuración de un modelo integrado por una doble esfera, contributiva y no contributiva, en el que esta segunda ha sido hasta aho-

<sup>7</sup> Monereo Pérez propone que el IMV se regule en un capítulo separado del Título VI del TRLGSS. Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del Sistema de Seguridad Social en la “Sociedad del Riesgo”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, Vol. 10, nº 2, 2020, p. 478.

<sup>8</sup> J.C. ÁLVAREZ CORTES, “Una Nueva Prestación No Contributiva de la Seguridad Social: El Ingreso Mínimo Vital”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 56, 2020, pp. 285-288.

<sup>9</sup> F. JIMENO FERNÁNDEZ, “El Ingreso Mínimo Vital en Hogares Unipersonales”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 20, 2020, pp.77-93.

<sup>10</sup> Artículo 8.1 Real Decreto-ley 20/2020: “situación de vulnerabilidad económica: “para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica a la que se refiere el artículo 7, se tomará en consideración la capacidad económica de la persona solicitante beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros.

<sup>11</sup> La definición legal de extranjero se infiere, *a contrario sensu*, del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social: se consideran extranjeros los que carezcan de la nacionalidad española.

ra un elemento secundario”. Sin embargo, hace ya más de treinta años que se promulgó la Ley 26/1990 que reguló las pensiones no contributivas de jubilación en invalidez<sup>12</sup> así como las prestaciones familiares económicas no contributivas<sup>13</sup>. Es a partir de esa fecha, y no de 2020, cuando la Seguridad Social española dejó de ser un sistema esencialmente “Bismarckiano” para convertirse en un modelo “mixto”.

**13.** Siguen teniendo plena vigencia las afirmaciones de la Memoria del Proyecto de Ley de Pensiones No Contributivas<sup>14</sup> cuando afirmó que “las pensiones no contributivas se configuran, no tanto como unas pensiones distintas de las de naturaleza contributiva, ya existentes en el ámbito de la Seguridad Social, cuando de una modalidad -la no contributiva- de una única pensión; del mismo modo a como ahora se conciben en la Ley como únicas las pensiones contributivas de jubilación...pero después se diversifican (en sus cuantías, requisitos, caracteres...), según cual sea el colectivo profesional que accede a ellas”.

**14.** Además, qué duda cabe que la importancia y peso del nivel no contributivo en el sistema español de Seguridad Social se ha ido fortaleciendo desde 1990 hasta nuestros días, en paralelo al aumento del elenco de prestaciones no contributivas de Seguridad Social. El IMV es la última prestación, de momento, en ser incorporada a una extensa lista en la que también encontramos el complemento por mínimos de las pensiones de la Seguridad Social (artículo 109.3.b TRLGSS), el complemento por maternidad de pensiones (artículo 60 TRLGSS), el subsidio por nacimiento y cuidado de menor (artículo 178.1.a) TRLGSS), la prestación económica por nacimiento (artículos 181-182 TRLGSS), las prestaciones familiares no contributivas cuando el sujeto causante tenga una discapacidad igual o superior al 65% (artículo 351 TRLGSS), o los subsidios por desempleo para liberados de prisión y para personas que hayan concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia (artículo 274.2 TRLGSS). Sin olvidar que la Renta Activa de Inserción también se configura de facto como prestación no contributiva de Seguridad Social para algunos de sus beneficiarios<sup>15</sup>.

**15.** Todas las citadas prestaciones, como ocurre con el IMV, se financian mediante impuestos, se han promulgado al amparo del artículo 41 de la Constitución y se configuran como derechos subjetivos perfectos.

## **2. Endurecimiento de los requisitos para obtener prestación económica no contributiva por hijos o menores a cargo no discapacitados**

**16.** Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2020, la cuantía de la prestación familiar no contributiva para los hijos o menores a cargo menores de 18 años y no discapacitados no era uniforme, sino que se modulaba en función de los ingresos del beneficiario. A partir del 1 de abril de 2019 en casos de pobreza del hogar familiar, la asignación económica se incrementaba a 588 euros en cómputo anual en los casos en que los ingresos del hogar fuesen inferiores a los resultantes de la aplicación de una escala, calculados en función del número de miembros del hogar familiar.

**17.** En cualquier caso, la cuantía de las prestaciones familiares en España siempre ha estado muy por debajo de las dispensadas por otros países de nuestro entorno<sup>16</sup>, hasta el punto que la propia

<sup>12</sup> En 2019 el número de beneficiarios de pensiones no contributivas superó las 450.000 personas.

<sup>13</sup> En 2019 se beneficiaron 1.354.595 sujetos causantes menores de 18 años con o sin discapacidad.

<sup>14</sup> Secretaría General del Congreso de los Diputados; Prestaciones No Contributivas. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley por la que se establecen en la Seguridad Social Prestaciones No Contributivas. BOCG Congreso. Serie A nº 1 de 22.12.1989. Documentación Española nº 79. Enero 1990.

<sup>15</sup> C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La Exportación de la Renta Activa de Inserción: ¿Buena Práctica Legislativa?”, en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Coord.), *Buenas Prácticas Jurídico-Procesales para reducir el gasto social*, Murcia, Laborum, 2015, p.73.

<sup>16</sup> E. ROALES PANIAGUA, “Sinopsis de las Prestaciones Familiares en España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 32, 2012, pp. 25-30.

Comisión Europea ha puesto de manifiesto que a pesar de “las bajísimas y decrecientes tasas de fecundidad, España es el país que abona las prestaciones familiares más reducidas de la UE”. Más alarmante es la conclusión de que “el aumento de las prestaciones por hijos con control de recursos no está contribuyendo a reducir el riesgo de pobreza, y tiene un limitadísimo impacto sobre la brecha de pobreza”<sup>17</sup>.

**18.** Aunque las prestaciones familiares no contributiva por hijos o menores a cargo no discapacitados han sido subsumida en el IMV (Disposición Transitoria Séptima del Real Decreto-ley 20/2020) resulta difícil aventurar que el IMV vaya a ser un revulsivo en el ámbito de la protección a la familia. Y es que el artículo 16 in fine del Real Decreto-ley 20/2020<sup>18</sup> admite expresamente que la cuantía de la prestación del IMV puede ser inferior a la de la asignación económica por hijo o menor a cargo.

**19.** Nótese, además, cómo actualmente para lucrar el IMV existiendo hijos o menores a cargo del solicitante se exige a todas las personas beneficiarias que acrediten<sup>19</sup> tener residencia legal y efectiva en España, y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud. Por tanto, es evidente que la regulación vigente en cuanto al requisito de la residencia respecto a la protección familiar de hijos o menores no discapacitados a cargo es más exigente que la anterior, que simplemente exigía la residencia legal en España del beneficiario y del sujeto/s causante/s, sin más.

**20.** A mayor abundamiento, tras el Real Decreto-ley 20/2020 habrán dejado de reunir los requisitos de residencia para obtener prestaciones por hijos o menores no discapacitados los trabajadores que sean trasladados por sus empresas fuera del territorio español, aunque se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español. Este colectivo, conforme al artículo 10.1.a) del Real Decreto 1335/2005 sí tenían derecho a prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores a cargo no discapacitados a tenor de la legislación aplicable antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2020.

**21.** Cabe concluir que tras el Real Decreto-ley 20/2020 no existe ya en España una protección específica y autónoma para afrontar los gastos derivados de la crianza de hijos o menores a cargo no discapacitados. Esta conclusión se ve afianzada con la propia afirmación contenida en el Preámbulo del Real Decreto-ley 20/2020 de que el IMV no es una política dirigida a grupos o individuos concreto. En cualquier caso, hubiera sido más sencillo desde el punto de vista técnico-legislativo y se hubiera alcanzado idéntico objetivo social simplemente aumentando significativamente el importe de las prestaciones familiares no contributivas ya existentes para prevenir así el riesgo de pobreza y exclusión social de estas familias, en vez de “subsumirlas” en el IMV.

**22.** Ha de ser igualmente criticado por anacrónico que en un país como España, que tiene un grave problema de envejecimiento demográfico, no se impulse una política específica que promueva a la familia y que no se regulen prestaciones económicas por hijo o menor a cargo no discapacitados de una cuantía equiparable a los países nórdicos.

**23.** Pero los problemas derivados de que las prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores a cargo no discapacitados hayan quedado subsumidas por el IMV no se limitan a los expuestos, sino que adquieren una dimensión supranacional debido a la primacía del Reglamento 883/2004, de coordinación de sistemas de Seguridad Social. Y, asimismo, hay que tener en cuenta los convenios

<sup>17</sup> Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Informe sobre España 2020. Op. cit.; pp. 82-85.

<sup>18</sup> Artículo 16 in fine del Real Decreto-ley 20/2020: “en el supuesto de que la cuantía de la prestación de ingreso mínimo vital sea inferior a la de la asignación económica por hijo o menor a cargo, y el interesado optara por la primera, su reconocimiento extinguirá el derecho a la asignación económica por hijo o menor a cargo. Si optara por la asignación económica por hijo o menor a cargo, se denegará por esta causa la solicitud de la prestación de ingreso mínimo vital”.

<sup>19</sup> Cfr. artículo 7.1.a) del Real Decreto-ley 20/2020.

bilaterales de Seguridad Social vigentes que incluyen dentro de su ámbito de aplicación material a las prestaciones familiares.

### III. El Ingreso Mínimo Vital y el requisito de la residencia legal en España

24. Las prestaciones no contributivas, financiadas mediante impuestos, son una manifestación de la solidaridad nacional y es práctica común en Derecho comparado que los Estados las reconozcan sólo a sus ciudadanos o a quienes acreditan fuertes vínculos con el país que las financia. También en España para acceder a pensiones no contributivas de Seguridad Social se requiere acreditar dilatados períodos de residencia legal previa en territorio nacional: cinco años en el caso de la pensión no contributiva de invalidez y diez años respecto a la pensión no contributiva de jubilación.

25. Por el contrario, para el reconocimiento del IMV el artículo 7.1.a) del Real Decreto-ley 20/2020 establece un período mucho más corto pues exige que los beneficiarios tengan “residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud”. Y ello a pesar de que puede llegar a ser una prestación indefinida o vitalicia<sup>20</sup> puesto que no está sujeta a límites temporales como las prestaciones asistenciales de las CC.AA.

26. El artículo 7.1.a) in fine del mismo cuerpo legal aclara que “a efectos del mantenimiento del derecho a esta prestación, se entenderá que una persona tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que éstas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural o cuando la ausencia del territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas”. Precepto que nada innova pues resulta coincidente *mutatis mutandi* con el artículo 51.2 del TRLGSS. E idéntica regla es aplicable a las pensiones no contributivas de Seguridad Social (artículo 10.2 del Real Decreto 357/1991).

27. Para acreditar el requisito de la residencia se precisa tener domicilio en territorio español y ostentar la condición de residente. Es éste un requisito exigible incluso cuando de ciudadanos españoles se trata.

28. Respecto a los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha declarado que “el legislador en materia de extranjería puede establecer requisitos para la entrada y permanencia de los extranjeros entre los que se encuentra el sometimiento a la necesaria autorización administrativa para residir y trabajar legalmente en España”<sup>21</sup>. El artículo 29 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que “los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda”.

29. Es importante resaltar que la residencia legal no es equiparable con la situación de estancia (SSTSJ de Cataluña de 12.7.2000, AS.2566; y del 8.11.1999, AS.4668). Y, precisamente, es la carencia de autorización de residencia lo que impide acceder a las prestaciones no contributivas a personas que pueden, sin embargo, trabajar legalmente en España. En este último supuesto se encuentran los trabajadores fronterizos y quienes se encuentren legalmente en España con una autorización de estudios, realizando prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

<sup>20</sup> Artículo 12.1 Real Decreto-ley 20/2020: “el derecho a percibir la prestación económica del ingreso mínimo vital se mantendrá mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y se cumplan los requisitos y obligaciones previstos en este Real Decreto-Ley”.

<sup>21</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, y reitera la STC 17/2013 de 31 de enero.

**30.** Por aplicación del artículo 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000, los extranjeros que residan legalmente en España podrán acceder a las prestaciones contributivas y no contributivas de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. Consecuentemente, es evidente que pueden lucrar también el IMV.

**31.** *A sensu contrario*, no pueden acceder al IMV los inmigrantes irregulares, entendiendo por tales a los nacionales de un tercer país presente en el territorio de un Estado miembro que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones necesarias para poder permanecer o residir en dicho Estado miembro (artículo 2.b) de la Directiva 2009/52).

## **1. Traslado al extranjero como causa de suspensión del derecho al Ingreso Mínimo Vital**

**32.** Establece el artículo 14.1. c) in fine del Real Decreto-ley 20/2020 que “en todo caso, se procederá a la suspensión cautelar en el caso de traslado al extranjero por un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año, sin haber comunicado a la entidad gestora con antelación el mismo ni estar debidamente justificado”.

**33.** La redacción no puede ser más desafortunada por su oscuridad e imprecisión. En primer lugar, el concepto de traslado no queda definido en el Real Decreto-ley 20/2020, pero si atendemos al artículo 40.1 TRET y al artículo 271.1.f) TRLGSS, hay que concluir que el traslado implica en derecho social español el traslado de la residencia. Y en tal sentido resulta revelador que en la primigenia versión del artículo 33.1.d) del Real Decreto-ley 20/2020 (BOE 1.6.2020) se utilizase la expresión “traslado de residencia”.

**34.** Pero el sustantivo “residencia”, a su vez, nos remite a un concepto polisémico: no tiene el mismo significado la residencia a efectos del impuesto de la renta de las personas físicas que la residencia a la luz del derecho-deber de empadronamiento en un municipio, o que la residencia a efectos de la legislación de extranjería, o que la residencia a efectos de movilidad geográfica de los trabajadores, o que la residencia a efectos de los derechos de sufragio activo y pasivo (STS de 3 de junio 2014 -JUR.188834 y las que en ella se citan-).

**35.** Del artículo 14.1.c) del Real Decreto-ley 20/2020 se deduce *a contraio sensu* que no hay suspensión del derecho al IMV durante ausencias del territorio nacional superiores a 90 días siempre y cuando se cumplan dos requisitos acumulativos: comunicación previa a la entidad gestora y justificación. Es decir, en este supuesto se continuaría cobrando el IMV. Y todo ello sin que sea preceptivo para el beneficiario obtener autorización de la entidad gestora, ya que ese requisito no es exigido por el Real Decreto-ley 20/2020, a diferencia de lo que sí prevé el artículo 271.1.g) TRLGSS al regular la suspensión del derecho a la prestación económica por desempleo.

**36.** ¿Cualquier justificación resultará admisible? Probablemente la intención del Gobierno fuera que solo lo fuera la enfermedad, y ello a partir de una interpretación conjunta del artículo 14.1. c) *in fine* del Real Decreto-ley 20/2020 con el artículo 7.1.a) *in fine* del mismo cuerpo legal. Pero dada la pésima redacción del Real Decreto-ley 20/2020 no parece descartable que otras ausencias pudieran ser también admisibles. Y esto se vería corroborado porque el actual 33.1.e) del Real Decreto-ley 20/2020 ninguna referencia contiene a los supuestos de “traslados”.

**37.** *De lege ferenda* el artículo 14.1.c) del Real Decreto-ley 20/2020 ha de ser reformado porque se solapa y entra en contradicción con el artículo 15.1.d) del mismo cuerpo legal.

**38.** En cualquier caso, cuando el traslado se realice a territorios en los que resulte de aplicación el Derecho de la Unión Europea la tesis que aquí se defiende es la exportación del IMV, dada la primacía del Reglamento 883/2004 sobre la legislación nacional de Seguridad Social.

## 2. Salida del territorio nacional como causa de extinción del derecho al ingreso mínimo vital

39. Según el artículo 15.1.d) del Real Decreto-ley 20/2020 es causa de extinción del IMV la “salida del territorio nacional sin comunicación ni justificación a la entidad gestora durante un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año”. La única justificación legalmente admisible ha de ser la enfermedad a tenor de la nueva redacción del artículo 33.1.e) del Real Decreto-ley 20/2020 dada por el Real Decreto-ley 28/2020.

40. Observamos que el Gobierno diferencia entre suspensión y extinción del derecho, tal y como ocurre también en materia de desempleo, pero la regulación del Real Decreto-ley 20/2020 no puede ser más caótica porque es incongruente que el traslado sin justificación ni comunicación a la entidad gestora sea causa de suspensión cautelar (art. 14.1.c) y en cambio la salida del territorio nacional en las mismas condiciones conlleve la extinción del derecho<sup>22</sup>. Urge una reforma armonizada de los artículos 14 y 15.

## IV. La (in)existente frontera entre prestaciones contributivas y no contributivas desde el punto de vista de su financiación

41. Las prestaciones no contributivas se definen por contraposición a las contributivas que son “aquellas que se nutren y a las que se accede en función de cotizaciones directas o indirectas (de sus empresarios) de los beneficiarios o asegurados. Las no contributivas se caracterizarían por financiarse mediante recursos procedentes de los presupuestos públicos y su obtención no se condiciona a exigencias previas de afiliación y cotización”<sup>23</sup>. Semejante fundamentación para establecer la dicotomía entre prestaciones contributivas y no contributivas resulta totalmente artificiosa desde el punto y hora que la doctrina es coincidente a la hora de reconocer a la cotización naturaleza tributaria<sup>24</sup> por lo que, en última instancia, todas las prestaciones se nutren de recursos fiscales.

42. Tributos y cotizaciones son “ambos ingresos de carácter público, a cuyo pago vienen obligados los sujetos legalmente determinados en función de la relación jurídica que entablan, respectivamente, con la Seguridad Social o la Agencia Tributaria. En ambos supuestos, tales ingresos son recaudados por organismos de carácter público, aminorando o directamente reduciendo los ingresos salariales o recursos de otra naturaleza del individuo en función de las variantes impositivas”<sup>25</sup>.

43. Mediante las cotizaciones, al igual que ocurre con el resto de tributos, “se aporta lo que las normas establezcan”, y si hubiera un ulterior derecho a una prestación social “el montante será el que resulte de la aplicación de reglas basadas en criterios que pueden ir variando”<sup>26</sup>. En modo alguno se aplica la sinalagmaticidad propia de un seguro privado. Sin embargo, sociológicamente es innegable que la población es mucho menos reticente a la hora de pagar cotizaciones a la Seguridad Social que para abonar impuestos, y ello debido a la errónea creencia de que en el primer caso obtendrá en el futuro prestaciones por sus aportaciones.

<sup>22</sup> F. MORENO DE VEGA Y LOMO, “La dinámica temporal del Ingreso Mínimo Vital”. *E-Revista Internacional de la Protección Social* n° 2/2020; p. 29: “queda meridianamente clara la falta de técnica legislativa aportada por el legislador”.

<sup>23</sup> S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Prestaciones no contributivas de Seguridad Social”, en A. OJEDA AVILÉS (Coord.), *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Trotta. 1992, p. 200.

<sup>24</sup> J.M. ORDEIG FOS, “Mutualidades de Previsión Social y Planes y Fondos de Pensiones: órdenes jurisdiccionales competentes”, *Actualidad Laboral*, n° 3/1993; mag.683: “el Tribunal Constitucional destaca y subraya una concepción puramente pública del Sistema de Seguridad Social, llegando a desgajar la prestación de la cotización, mero tributo”.

<sup>25</sup> T. GUERRERO PADRÓN, “Sobre los Funcionarios de la Unión Europea y su régimen de Seguridad Social: los tributos como cotizaciones sociales a efectos del TJUE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, n° 2, 2017, pp. 355-374.

<sup>26</sup> J. APARICIO TOVAR, “La Sostenibilidad como excusa para una reestructuración del Sistema de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 33, n° 2, 2015, p. 302.

44. Pero hace ya décadas que GONZALO GONZÁLEZ<sup>27</sup> con gran acierto afirmó que el criterio de la cotización previa como requisito para causar derecho a una prestación es “meramente aproximativo pero no concluyente. Debiéndose, además, tener en cuenta que en determinados países (entre ellos España), al exigirse acreditar para el reconocimiento de una prestación no contributiva la residencia en territorio nacional durante un determinado número de años, e incluso negarse las mismas a quienes fijen su residencia en el extranjero, se podría concluir que también existe una relación causa y efecto entre el pago de impuestos y las pensiones, entre el número de años de residencia legal exigidos y el nacimiento del derecho a la pensión”.

45. Prueba de lo artificial de la dicotomía entre prestaciones contributivas y no contributivas es que en nuestro ordenamiento jurídico existen prestaciones calificadas como “contributivas” conforme al artículo 109 TRLGSS que no se financian con cotizaciones de los beneficiarios y/o empresarios ni su reconocimiento está subordinado a la acreditación de insuficiencia de recursos: es el caso de las prestaciones familiares “contributivas”<sup>28</sup>. También puede traerse a colación el caso de las prestaciones por desempleo, todas ellas formalmente prestaciones “contributivas” conforme al artículo 109 TRLGSS, aunque el Estado contribuya a su financiación a través de sus Presupuestos Generales.

46. BLASCO LAHOZ<sup>29</sup> destaca otra paradoja de nuestro sistema de Seguridad Social: el reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia de familiares que no tienen derecho a pensión de viudedad u orfandad se supedita a la acreditación de insuficiencia de recursos aunque formalmente se trata de una prestación “contributiva”. Y a la inversa, no se requiere acreditar insuficiencia de recursos mínimos para el reconocimiento de las prestaciones familiares “no contributivas” por hijos o menores a cargo discapacitados.

47. Igualmente, pueden citarse otros ejemplos de pensiones financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado que no son calificadas como “no contributivas” ni por el legislador ni por la doctrina: es el caso del Régimen Especial de Funcionarios Públicos (Clases Pasivas). Otro ejemplo es el regulado por el artículo 10, apartado cinco de la ley 74/1980 aplicable a ex ministros, ex Presidentes del Gobierno, ex Presidentes del Congreso y del Senado, del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Fiscal General del Estado y Presidente del Consejo General del Poder Judicial. El derecho a esta pensión deriva del mero hecho de haber ostentado el cargo, independientemente de su duración.

## V. Rentas mínimas autonómicas: prestaciones de Asistencia Social conforme al artículo 148.1.20 de la Constitución

48. Hace décadas que en España las CC.AA. con fundamento en el artículo 148.1.20 CE implementaron programas para luchar contra la exclusión socio-laboral<sup>30</sup> y la pobreza regulando prestaciones económicas para personas en situación de necesidad calificadas con diferentes denominaciones, tales como salarios sociales, rentas mínimas de inserción, ingreso mínimo de inserción...

49. Esas prestaciones no contributivas autonómicas tienen elementos en común: su concesión se subordina a la prueba de carencia de recursos suficientes y a la acreditación de períodos de residencia

<sup>27</sup> B. GONZALO GONZÁLEZ, “Las Pensiones No Contributivas en Europa”, *Documentación Laboral*, nº 27-28, 1988-1989, p. 24.

<sup>28</sup> El art. 237 TRLGSS en sus apartados tercero y cuarto regula supuestos de cotización ficticias para evitar los perjuicios que derivarían para los trabajadores el hacer uso de su derecho a la conciliación familiar.

<sup>29</sup> J.F. BLASCO LAHOZ, “Las Prestaciones a Favor de Familiares: una protección contributiva sujeta a carencia de rentas”, *Trabajo y Derecho*, nº 27, 2017, pp. 25-43.

<sup>30</sup> La exclusión social puede definirse “como la imposibilidad, incapacidad o dificultad extrema de ejercer los derechos sociales, fundamentalmente el derecho al trabajo”. Al respecto, J.L. MONEREO PÉREZ Y C. MOLINA NAVARRETE, “Un nuevo Derecho Social de Ciudadanía: modelos normativos de rentas mínimas de inserción en España y en Europa”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 187, 1998, p. 78.

previos en la Comunidad Autónoma que la dispensa, el importe se modula atendiendo a la composición de la unidad familiar, y es causa de extinción del derecho el traslado de la residencia fuera de la Comunidad Autónoma que la abona. Pero las prestaciones de Asistencia Social autonómicas igualmente comparten elementos comunes con las prestaciones no contributivas de Seguridad Social: financiación a través de recursos públicos, prueba de insuficiencia de recursos y configuración como derechos subjetivos perfectos<sup>31</sup>.

**50.** ¿Cuál es la diferencia, entonces, entre estas prestaciones autonómicas y el nuevo IMV? La diferencia clave es que las prestaciones no contributivas autonómicas se han de calificar, conforme al artículo 148.1.20 CE, como prestaciones de Asistencia Social, mientras que el IMV, como ya se indicó supra, es una prestación no contributiva de Seguridad Social.

**51.** Constitucionalmente nada obsta que la Seguridad Social pueda extender su ámbito de aplicación a parcelas cubiertas hasta ahora por la Asistencia Social, que es justamente lo que ha ocurrido con la promulgación del Real Decreto-ley 20/2020.

**52.** Pero tampoco sería ésta la primera vez que “sobre una misma materia competencial coincide simultáneamente la acción del Estado y la de las Comunidades Autónomas a través de prestaciones establecidas separadamente por cada uno de dichos entes que pueden tener idénticos beneficiarios y la misma finalidad, al estar destinadas a subvenir a las mismas situaciones de necesidad”<sup>32</sup>; ya ocurrió en el conflicto positivo de competencias entre el Estado y la Junta de Andalucía resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre.

**53.** En cualquier caso, como de la jurisprudencia constitucional se infiere, “la extensión de la actividad prestacional del sistema de la Seguridad Social a zonas propias de la Asistencia Social no puede realizarse en régimen de exclusividad, y, por lo tanto, a expensas de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre asistencia y servicios sociales, sino en concurrencia con el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de estas competencias”. Es por eso redundante la afirmación del artículo 4.2 del Real Decreto-ley 20/2020 de que la implementación de un Ingreso Mínimo Vital no coarta el derecho de las CC.AA. a establecer ayudas en el ejercicio de sus competencias. Pero, aunque el precepto citado utilice el vocablo “ayudas”, hemos de insistir que las rentas mínimas financiadas por las CC.AA. son auténticas prestaciones no contributivas que se reconocen a los beneficiarios como derechos subjetivos perfectos.

**54.** La descentralización de la Asistencia Social externa al sistema de Seguridad Social, que es competencia de las CC.AA., provoca –como recoge el Preámbulo del Real Decreto-ley 20/2020– que el sistema de ingresos mínimos en España esté fraccionado y presente disparidades territoriales”. Pero aunque la anterior afirmación resulte cierta, no lo es menos que esa divergencia de legislaciones autonómicas no es la principal entre las “causas territoriales de la pobreza” sino que hay que tener también muy en cuenta la distribución regional dispar de los factores educativos, laborales o demográficos<sup>33</sup>. Resulta demagógico, por tanto, reclamar unas rentas mínimas autonómicas de igual cuantía cuando en el Estado de las Autonomías no existe uniformidad entre los territorios en materia impositiva, lingüística,

<sup>31</sup> J.M. ALONSO SECO Y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 119.

En el mismo sentido, L. HURTADO GONZÁLEZ, “Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales”, *Actualidad Laboral*, 1993-2; mag.461: “las nuevas prestaciones de Asistencia Social -que son los salarios sociales instaurados por determinadas CC. AA- se configuran como Derechos subjetivos perfectos”.

<sup>32</sup> M. CARRASCO DURÁN, “Los complementos de las Comunidades Autónomas a las pensiones no contributivas. Un impulso a un nuevo modelo de Asistencia Social”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006, p. 205.

<sup>33</sup> JURADO PÉREZ, citado por: O. GARCÍA LUQUE, U. FAURA MARTÍNEZ Y M. LAFUENTE LECHUGA, “Objetivo Europa 2020. La Reducción de la pobreza y la exclusión social en España”, *Papers: Revista de Sociología*, Vol. 101, nº 4, 2016, p. 515.

educativa o cartera de servicios de asistencia sanitaria. También hay que destacar que las disfunciones en materia de protección social derivadas de la descentralización administrativa no afectan únicamente a las rentas mínimas: las propias instituciones comunitarias han advertido de “las grandes disparidades entre Comunidades Autónomas”<sup>34</sup> respecto a la prestación por dependencia.

### **1. Las rentas mínimas autonómicas, prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el Reglamento 883/2004**

**55.** Aunque como se ha indicado en el epígrafe anterior a nivel de Derecho interno las rentas mínimas autonómicas no contributivas se califican jurídicamente de prestaciones de Asistencia Social, a efectos del Derecho de la Unión Europea pueden calificarse de prestaciones especiales en metálico no contributivas de Seguridad Social. Y ello a tenor de lo dispuesto en el último apartado del epígrafe “España” del Anexo X del Reglamento 883/2004<sup>35</sup> que tal calificación otorga a las prestaciones de las Comunidades Autónomas “que garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas”.

## **VI. El Ingreso Mínimo Vital y el Pilar Europeo de Derechos Sociales**

**56.** La crisis económica y financiera que se inició en 2007 provocó un desempleo masivo y una política de austeridad y de reducción del gasto social para controlar el déficit público. Pero también trajo consigo un alarmante desapego y falta de confianza de amplios sectores de la sociedad europea en las instituciones de la UE, que a menudo se manifiesta como “indiferencia y desconfianza hacia la actuación de los poderes públicos y crea un vacío demasiado fácil de colmar mediante la retórica nacionalista y populista”, tal y como recoge el Libro Blanco “Sobre el Futuro de Europa” (2017). Para paliar este déficit, las instituciones comunitarias impulsaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales que fue objeto de regulación mediante una Recomendación el 26.4.2017. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron conjuntamente el Pilar Europeo de Derechos Sociales el 17.11.2017.

**57.** A pesar de las expectativas que el ampuloso título de “Pilar Europeo” pudiera generar hay que aclarar inmediatamente que no estamos ante nuevos derechos que se hayan incluido en el articulado del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Pilar tampoco ha sido objeto de regulación por medio de un Reglamento ni por una Directiva, sino que se ha llevado a cabo a través de una mera Recomendación sobre la base del artículo 292 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

**58.** Estos datos se traen a colación porque en el apartado I del preámbulo del Real Decreto-ley 20/2020 se invoca el Pilar Europeo de Derechos Sociales y, en concreto, uno de sus veinte principios fundamentales: el principio 14 que dice: “toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

**59.** Pero el Pilar Europeo de Derechos Sociales, al igual que ocurre con todas las Recomendaciones de la Comisión Europea, no genera derechos ni obligaciones legalmente exigibles, ni para los ciudadanos ni para los Estados de la UE.

<sup>34</sup> Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Informe sobre España 2020. Op. cit., p. 85.

<sup>35</sup> M.D. CARRASCOSA BERMEJO, “Coordinación de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social”, en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2018, pp. 533-540.

**60.** No cabe, por tanto, hablar del carácter jurídicamente vinculante del Pilar Europeo. Tampoco puede la UE imponer a los Estados miembros cambios legislativos en sus sistemas de protección social porque esa es una competencia exclusiva de los Estados miembros. Y las instituciones europeas jamás han cuestionado que cada Estado miembro tenga plena libertad para legislar las particularidades de su propio régimen de Seguridad Social.

**61.** En todo caso, respecto a los sistemas nacionales de Seguridad Social que garantizan unas rentas mínimas, SCHULTE hace décadas que concluyó que esto supone la ruptura de la relación renta-trabajo y supone la voluntad de dispensar al individuo de la obligación de verse forzado a trabajar para asegurar su subsistencia y de esta manera realizar una versión “socialista” de la teoría del dividendo social. Pero es también una forma de adaptar la Seguridad Social a un sistema donde no se puede realizar ya el pleno empleo retribuido<sup>36</sup>.

## VII. La aplicación del Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social al Ingreso Mínimo Vital

**62.** El Reglamento 883/2004<sup>37</sup> se aplica a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, excepto disposición en contrario en el Anexo XI (artículo 3.2). También resulta aplicable el Reglamento a las prestaciones especiales en metálico no contributivas -instauradas por el Reglamento 1247/92- que son aquellas que los Estados notifican en el Anexo X y que actualmente regula el artículo 70 al que se remite el artículo 3.3<sup>38</sup>.

**63.** Las prestaciones de Asistencia Social, por el contrario, quedan excluidas del Reglamento 883/2004, tal y como se recoge en su artículo 3.5. En el Reglamento 883/2004 no encontramos, sin embargo, una definición de Seguridad Social o de Asistencia Social, ni de prestación “contributiva” y “no contributiva”. De ahí que haya sido el Tribunal de Justicia de la Luxemburgo el que a través de su jurisprudencia ha ido perfilando el contenido de tales conceptos a lo largo de los años.

**64.** A efectos de la aplicación de los Reglamentos de coordinación el TJUE ha defendido un concepto extensivo de Seguridad Social y restrictivo de Asistencia Social. En cualquier caso, la exigencia de interpretación uniforme del Derecho conlleva que los términos empleados por el Reglamento no puedan ser alterados por las definiciones legales internas de los Estados miembros<sup>39</sup>. Que los Reglamentos de coordinación son aplicables a las prestaciones no contributivas es algo incuestionable y así lo ha mantenido el TJUE desde la sentencia Frilli<sup>40</sup> hasta nuestros días.

**65.** A la vista de las consideraciones anteriormente expuestas, una primera conclusión es que al ser el IMV una prestación económica no contributiva de Seguridad Social entraría dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004. No obstante, antes de poder afirmar rotundamente que el

<sup>36</sup> B. SCHULTE, “Minimum Income Policy in Europe” en: Jos Berghman y Bea Cantillon (Ed.); *The European Face of Social Security*. Essays in honour of Herman Deleeck. Avebury. 1993.

<sup>37</sup> Y. MANEIRO VÁZQUEZ, “Las Normas Conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario* n° 132/2007; pp. 249-282.

<sup>38</sup> A favor de calificar el IMV como prestación en metálico no contributiva cfr. P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, “Las Obligaciones de las Personas Beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital: las Infracciones y Sanciones Previstas y su Posible Incidencia en la Coordinación de Prestaciones de la Seguridad Social a Nivel europeo”, *E-Revista Internacional de la Protección Social* n° 20/2020, p.97.

<sup>39</sup> La necesidad de interpretación uniforme del Derecho comunitario viene exigida, entre otras, por la STJCE 10 de enero 1980, -69/79, (Jordens-Vosters) ECLI:EU:C:1980:7.

<sup>40</sup> STJCE de 22 de junio 1972, -1/72, (Frilli) ECLI:EU:C:1972:56: “constituyen características propias de la Asistencia Social la apreciación de la situación personal del solicitante, así como la remisión al estado de necesidad como criterio esencial de aplicación, haciendo abstracción de cualquier exigencia relativa a periodos de actividad profesional, de afiliación o de cotización y siendo su objetivo la garantía de un mínimo de medios de existencia”.

IMV está coordinado por el citado Reglamento debemos despejar la cuestión de si los riesgos protegidos por el IMV son riesgos protegidos por el Reglamento 883/2004. Y es que conforme a la jurisprudencia del TJUE<sup>41</sup> una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en los propios Reglamentos de coordinación.

### 1. ¿El riesgo de pobreza y la exclusión social están coordinados por el Reglamento 883/2004?

**66.** Si con fundamento en los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 20/2020 afirmásemos que la vulnerabilidad económica por sí misma -es decir, la pobreza y el riesgo de exclusión social- son las contingencias protegidas por el IMV<sup>42</sup>, habría que concluir que esta nueva prestación de Seguridad Social no tiene encaje en ninguno de los típicos riesgos de Seguridad Social listados en el Convenio 102 de la OIT. Tampoco, *a priori*, entre los riesgos sociales incluidos dentro ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 que prescribe: “el presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con:

- a) prestaciones de enfermedad.
- b) prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas.
- c) prestaciones de invalidez.
- d) prestaciones de vejez.
- e) prestaciones de supervivencia.
- f) prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.
- g) subsidios de defunción.
- h) prestaciones de desempleo.
- i) prestaciones de prejubilación.
- j) prestaciones familiares”.

**67.** La conexión de las prestaciones no contributivas con los riesgos listados por los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social ha sido tradicionalmente un requisito exigido para poder calificar a dichas prestaciones como prestaciones coordinadas, como tempranamente ilustraron las sentencias Scrivner<sup>43</sup>, Hoeckx<sup>44</sup>, Giletti<sup>45</sup> y Acciaradi<sup>46</sup>.

**68.** Por tanto, como el IMV no se corresponde nominalmente con ninguna de las prestaciones listadas en el artículo 3 del Reglamento 883/2004 habría que concluir que queda excluido de su ámbito de aplicación. Pero esta última interpretación pecaría de simplista y, sobre todo, desconocería la extensiva interpretación que viene realizando desde hace décadas el TJUE a la hora de delimitar el concepto de prestación no contributiva coordinada. En particular, resulta sumamente ilustrativa por su analogía

<sup>41</sup> Entre otras muchas, cfr. STJCE de 8 de marzo 2001, -215/99, (Jauch) ECLI:EU:C:2001:139.

<sup>42</sup> M.A. DÍAZ MORDILLO, “El Ingreso Mínimo Vital como Reto Social: una Visión Práctica”, *E-Revista Internacional de la Protección Social* nº 2/2020, pp.46: “tres son los requisitos básicos que construyen la situación protegible: carencia de ingresos, umbral de patrimonio y la no presencia de un administrador de derecho de sociedad mercantil”.

<sup>43</sup> STJCE de 25 de marzo 1985, -122/84, (Scrivner) ECLI:EU:C:1985:145.

<sup>44</sup> STJCE de 27 de marzo 1985, -243/83, (Hoeckx) ECLI:EU:C:1985:145.

<sup>45</sup> STJCE de 24 de febrero 1987, asuntos acumulados -379/84 a 381/85 y 93/86, (Giletti) ECLI:EU:C:1987:24: es necesario que satisfaga, entre otras, “la condición de estar relacionada con uno de los riesgos enumerados expresamente en el apartado 1 del artículo 4 del dicho Reglamento. Esta enumeración tiene carácter exhaustivo con la consecuencia de que una rama de Seguridad Social que allí no se mencione queda fuera de esta calificación, aunque otorgue a los beneficiarios una posición legalmente definida que da derecho a una prestación.

<sup>46</sup> STJCE de 2 de agosto 1993, -66/92, (Acciaradi) ECLI:EU:C:1993:177.

con el IMV la sentencia Hughes<sup>47</sup>, en la que Tribunal de Luxemburgo interpretó que una prestación no contributiva y sometida a test de recursos, como es el caso del “family credit” que se concede a las familias que responden a ciertos criterios objetivos, relativos en particular al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, debe quedar asimilada a una prestación de Seguridad Social a los efectos del Reglamento de coordinación.

**69.** A mayor abundamiento, hay que recordar también que la prestación de dependencia, que no puede categóricamente afirmarse que pueda calificarse como prestación de Seguridad Social a nivel de Derecho español, tampoco está listada entre los riesgos protegidos por el Reglamento 883/2004. Y, a pesar de ello, el TJUE ha mantenido una jurisprudencia uniforme desde la sentencia Molenaar hasta nuestros días<sup>48</sup> concluyendo que tales prestaciones deben ser consideradas como “prestaciones de enfermedad” coordinadas.

**70.** ¿Es posible vincular la protección dispensada por el IMV con los riesgos sociales coordinados por el Reglamento 883/2004? La tesis que aquí se defiende es afirmativa por las siguientes razones: aunque en ningún artículo del Real Decreto-ley 20/2020 se especifique cuál sea la contingencia protegida por el IMV podemos deducir, a tenor de la pluralidad de posibles beneficiarios, que el IMV lo que pretende es dispensar protección económica ante una pluralidad de heterogéneas situaciones de necesidad. Es decir, el IMV no protege una única contingencia de Seguridad Social, sino que aspira a proteger simultáneamente una pluralidad de ellas. Es una prestación no contributiva de Seguridad Social “multirriesgos”.

#### **A. La vejez, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004**

**71.** En la versión primigenia del artículo 4.1.b) del Real Decreto-ley 20/2020 el límite máximo de edad para ser beneficiario individual del IMV era 65 años lo cual ya fue objeto de crítica desde un primer momento y ello porque esa restricción por razón de edad era incompatible con lo dispuesto en el artículo 3.c) del mismo cuerpo legal según el cual el IMV “es una prestación cuya duración se prolongará mientras persista la situación de vulnerabilidad económica y se mantengan los requisitos que originaron el derecho a su percepción”. Es decir, que habría personas beneficiarias del IMV que seguirían cobrándolo tras cumplir 65 años.

**72.** La incongruencia detectada se ha solventado en virtud de la reforma de la que fue objeto el Real Decreto-ley 20/2020 por obra de la Disposición Final Quinta del Real Decreto-ley 30/2020. Consecuentemente, ahora los beneficiarios del IMV pueden serlo tanto “los menores de 65 años o mayores de dicha edad cuando no sean beneficiarios de pensión de jubilación”.

**73.** Puesto que la edad de jubilación aumentará progresivamente cada año hasta que alcance los 67 años en el 2027 ¿por qué el Real Decreto-ley 20/2020 sigue utilizando como referente los 65 años? La tesis que aquí se defiende es que ello es debido a que la edad para acceder a una pensión de jubilación no

<sup>47</sup> STJCE de 16 julio 1992,-78/91, (Hughes) ECLI:EU:C:1992:193:“el TJCE ha declarado reiteradamente que la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y prestaciones incluidas en él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional. Reiterada jurisprudencia del TJCE precisa que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71”.

<sup>48</sup> E. ROALES PANIAGUA, “Trece años de la Prestación de Dependencia en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins”, en VV.AA., *Las prestaciones españolas por Dependencia y el Derecho de la Unión*, Murcia, Laborum, 2011, pp. 23-54.

contributiva de Seguridad Social sigue siendo 65. Y, probablemente, el gobierno español erróneamente dio por supuesto que todos los beneficiarios del IMV podrían acceder a la pensión no contributiva de jubilación de Seguridad Social al cumplir 65 años. Pero no tuvo en cuenta que el tránsito de una prestación a otra no iba a ser posible en todos los casos porque para lucrar una pensión no contributiva de jubilación de Seguridad Social se requiere acreditar diez años de residencia legal previa en España, requisito de residencia mucho más estricto que el año de residencia que exige el Real Decreto-ley 20/2020.

74. Por tanto, actualmente, los mayores de 65 años cuyos ingresos estén por debajo del umbral de la pobreza tienen dos alternativas: solicitar el IMV o la pensión de jubilación no contributiva de Seguridad Social. Puesto que en ambos casos el importe anual de la prestación económica va a ser la misma podría defenderse *de lege ferenda* que debiera derogarse la prestación no contributiva de jubilación, ya que va a ser la menos solicitada por exigir un período de residencia mucho más largo y así se evitaría la duplicidad de prestaciones.

75. Sin embargo, no creemos que tal derogación se vaya a llevar a cabo porque hay que tener presente que la pensión de jubilación no contributiva es compatible con la percepción de prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores no discapacitados. Aunque actualmente no pueden presentarse nuevas solicitudes para tales prestaciones familiares que han quedado subsumidas en el IMV, sí que es posible que continúen cobrándolas quienes fueran pensionistas no contributivos de Seguridad Social antes del Real Decreto-ley 20/2020. Igualmente resulta factible que beneficiarios de pensiones no contributivas de Seguridad Social con cargas familiares soliciten el IMV en función de los hijos o menores a cargo no discapacitados. Es decir, que las pensiones no contributivas de Seguridad Social españolas son compatibles con el IMV.

76. A la vista de las consideraciones expuestas la tesis que se defiende es que la vejez es la contingencia protegida para los beneficiarios individuales del IMV mayores de 65 años. Y ese es un típico riesgo de Seguridad Social coordinado por el Reglamento 883/2004 como lo evidencia el hecho de que la pensión no contributiva de jubilación de Seguridad Social española esté coordinada por el Reglamento 883/2004 como prestación en metálico especial no contributiva de Seguridad Social. Al haber sido notificada en su Anexo X ello implica que no será exportables dentro del territorio en el que se aplica el Derecho de la Unión Europea.

## **B. Hijos o menores a cargo, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004**

77. La aplicación del Reglamento 883/2004 a las prestaciones económicas familiares no contributivas españolas por hijos o menores cargo, con o sin discapacidad, nunca ha sido cuestionada. Las prestaciones familiares no contributivas, aunque fueron instauradas por la Ley 26/1990 al igual que las pensiones no contributivas de Seguridad Social, presentan una peculiaridad a efectos del Reglamento 883/2004: no han sido notificadas en el Anexo X y por ello no se califican de prestaciones en metálico especiales no contributivas sino de prestaciones de Seguridad Social no contributivas.

78. La explicación de porqué no se han notificado en el Anexo X es muy sencilla: la inclusión de una prestación no contributiva en el Anexo X tiene por finalidad que no se le aplique el principio de supresión de cláusulas de residencia<sup>49</sup>; es decir, impedir su exportación dentro del territorio en el que rige el Derecho de la Unión Europea.

79. Pero la supresión de cláusulas de residencia nunca ha sido aplicable a las prestaciones familiares, porque en el caso del abono de las prestaciones familiares por hijos que no residen en el Estado

<sup>49</sup> Artículo 7 Reglamento 883/2004.

competente que las abona, “no se trata tanto de exportabilidad, dado que el trabajador o el desempleado se encuentran en el territorio del Estado competente, como de equiparación de residencia de los miembros de la familia”<sup>50</sup>.

**80.** En virtud del Reglamento 883/2004 el Estado miembro competente habrá de abonar íntegramente, y a su exclusivo cargo, el importe de la prestación familiar correspondiente. Es decir, sin que los Estados en los que el beneficiario haya acreditado períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia que hubieran tenido que computarse, en la medida necesaria, para adquirir el derecho a la prestación, tengan que abonar cantidad alguna.

**81.** Pero aunque el Estado competente haya de abonar prestaciones familiares por hijos residentes en otros Estados miembros cuando proceda<sup>51</sup>, se ha de insistir en que no estamos ante un supuesto de exportación de prestaciones en sentido estricto y previsto para los casos en los que el beneficiario de la prestación traslada su residencia a otro Estado miembro.

**82.** Dado que el IMV al impedir nuevas solicitudes de prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores a cargo no discapacitados ha subsumido a los sujetos causantes de las anteriores prestaciones como beneficiarios del IMV, no nos cabe la menor duda que respecto a los solicitantes del IMV por razón de estos menores o hijos a cargo el IMV es una prestación coordinada por el Reglamento 883/2004.

### C. La discapacidad, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004

**83.** El Reglamento 883/2004 se aplica a la pensión no contributiva de invalidez española, que al haber sido notificada en el Anexo X ha de calificarse a estos efectos como prestación en metálico especial no contributiva. Consecuencia de su específica ubicación en el Reglamento citado no resulta exportable.

**84.** Conforme a la legislación vigente para ser beneficiario de esta prestación es preciso acreditar unos requisitos mucho más rigurosos que para acceder al IMV: ser menor de 65 años, residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante un período de cinco años de los cuales dos han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud y acreditar un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

**85.** Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2020 podrán acceder al IMV beneficiarios individuales menores de 65 años afectados con un grado de discapacidad igual o inferior al 65% y que acrediten menos de cinco años de residencia legal en España. Para estos beneficiarios la tesis que aquí se defiende es que el IMV es una prestación coordinada por el Reglamento 883/2004.

**86.** La cuantía económica en cómputo anual de la pensión no contributiva de invalidez y del IMV es la misma. Aunque hay que tener muy en cuenta que cuando el beneficiario individual acredite un grado de discapacidad igual o superior al 75%, así como la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida, la pensión no contributiva de invalidez será superior al IMV porque en el primer caso se contempla el derecho a un importante complemento económico.

<sup>50</sup> M.L. NEBOT LOZANO, “La Nueva Regulación de las Prestaciones Familiares en el Reglamento 1408/71. Los asuntos Pinna y Yañez Campoy”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 157, 1998, p. 80.

<sup>51</sup> Artículo 67 del Reglamento 883/2004: “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones”.

**D. El desempleo, contingencia protegida por el Ingreso Mínimo Vital y el Reglamento 883/2004**

**87.** Cuando el beneficiario individual del IMV sea una persona adulta menor de 65 años no discapacitada, la tesis que se propugna es que la protección se dispensa a personas que quieren y pueden trabajar cuyos ingresos, incluso procedentes del trabajo, no alcanzan el mínimo vital fijado por el legislador estatal para cubrir las necesidades básicas. Y es que la “mera apariencia formal de empleo no coloca a una persona dentro de la población activa ni impide considerar desempleado a una persona cuyos ingresos no cubren sus necesidades básicas, máxime cuando ese empleo no impide el alta como demandante de empleo” (STS 3 de marzo 2010, R.J.1479).

**88.** Para este colectivo, el IMV sería la última red de Seguridad Social a la que podrían recurrir quienes no pudieran optar a otras prestaciones y subsidios de desempleo, incluida la Renta Activa de Inserción.

**89.** No cabe duda alguna que el desempleo es un típico riesgo de Seguridad Social coordinado por el Reglamento 883/2004. Como igualmente es irrefutable que el Reglamento 883/2004 es aplicable a todas las prestaciones y subsidios de desempleo españoles. Y ello a pesar de que España no notificase inicialmente el nivel asistencial de desempleo entre las prestaciones coordinadas, “olvido” rectificado tras la intervención del Tribunal Supremo.

**90.** La exportación de todas las prestaciones y subsidios españoles de desempleo se corrobora porque ninguno de ellos ha sido notificado por el gobierno en el Anexo X del Reglamento 883/2004. Por tanto, todos los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo (incluida la Renta Activa de Inserción a nuestro juicio) podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladen en busca de empleo a otro Estado donde se aplique el Reglamento 883/2004 y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004). Y ello por aplicación del principio de primacía y efecto directo del Reglamento 883/2003 sobre la normativa nacional.

**2. Exportación del Ingreso Mínimo Vital**

**91.** Puesto estamos ante una prestación de Seguridad Social no contributiva a través de la cual se protegen simultáneamente diversas contingencias de Seguridad que se corresponden con riesgos protegidos por el Reglamento 883/2004, no cabe sino afirmar rotundamente que se trata de una prestación exportable a otros Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea<sup>52</sup>. Aunque no creemos que ésta haya sido nunca la intención del Gobierno español al promulgar el Real Decreto-ley 20/2020.

**92.** El principio de supresión de cláusulas de residencia siempre ha sido un pilar de todos los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social. Y, actualmente, está regulado en el artículo 7 del Reglamento 883/2004 que establece: “salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

**93.** A mayor abundamiento, la exportación de prestaciones no contributivas también podría defenderse al margen del Reglamento 883/2004 por aplicación directa del Derecho originario a la luz de la jurisprudencia del TJUE: el caso *Tas-Hagen y R.A. Tas*<sup>53</sup> trae causa de la negativa de las autoridades

<sup>52</sup> T. GUERRERO PADRÓN, “Ingreso Mínimo Vital y nacionales británicos en España en tiempos del Brexit”, *E-Revista Internacional de la Protección Social* nº 20/2020 pp. 60-76.

<sup>53</sup> STJCE de 26 de octubre 2006, -192/05 (*Tas-Hagen y R.A. Tas*) ECLI:EU:C:2006:676.

holandesas a abonar a los recurrentes una prestación destinada a las víctimas civiles de guerra en base a que no residían en dicho Estado. Estos no invocan el Reglamento de coordinación puesto que éste expresamente excluye de su ámbito de aplicación material a las prestaciones a favor de las víctimas de guerra. Los recurrentes fundan su pretensión exclusivamente en el artículo 18. 1 del Tratado de la CE -actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE- que reconoce a todo ciudadano de la UE el derecho a circular y residir libremente en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél cuya nacionalidad se ostenta, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. Argumento que hace suyo el Tribunal de Justicia al concluir que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 18.1 del Tratado CE reconoce todo ciudadano de la Unión. No considerando el Tribunal de Luxemburgo que el requisito de exigir la residencia en el territorio que reconoce la prestación sea proporcional ni que se base en consideraciones objetivas de interés general.

94. Análogos razonamientos jurídicos se repiten en asunto *Nerkowska*<sup>54</sup>. A la recurrente, de nacionalidad polaca, le fue denegada una pensión de invalidez concedida a las víctimas civiles de la guerra o de la represión por no residir en Polonia. Y, nuevamente, el Tribunal vuelve a interpretar que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 18.1 reconoce a todo ciudadano de la UE. A la luz de estas sentencias parece plausible invocar directamente el artículo 21.1. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para reclamar la exportación de una prestación no contributiva al margen de la regulación al respecto contenida en los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

### 3. El Ingreso Mínimo Vital ¿prestación especial en metálico no contributiva?

95. A pesar de que la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del Derecho social europeo, el mismo no resulta aplicable a las prestaciones especiales en metálico no contributivas cuando hayan sido notificadas en el Anexo X del Reglamento 883/2004. De conformidad con el artículo 70.2 del citado Reglamento, prestaciones especiales en metálico no contributivas son las que, acumulativamente, cumplen los siguientes requisitos:

- “a) proporcionar cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate, o únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate,
- b) que la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,
- c) figuren en el anexo X.”

96. Por tanto, las prestaciones especiales en metálico no contributivas son las notificadas por los Estados en el Anexo X del Reglamento 883/2004 y, por ese mero hecho, no son exportables. Sin embargo, no se exige un período mínimo de residencia en el Estado competente para que éste quede obligado a totalizar los períodos necesarios para acceder a su concesión. Por tanto, será el Estado de re-

<sup>54</sup> STJCE de 22 de mayo 2008, -499/06, (*Nekowska*) ECLI:EU:C:2008:300.

sidencia del beneficiario quien asuma íntegramente el abono de la misma sin prorrateo, aunque para su reconocimiento haya tenido que totalizar períodos de empleo, de actividad profesional o de residencia acreditados en otros Estados en los que el Reglamento de coordinación resulte aplicable.

**97.** Hay que tener presente que aunque una prestación pueda ser calificada como “especial no contributiva”, si no ha sido notificada en el Anexo X es exportable (sentencia Päivikki Maaheimo<sup>55</sup>). Y, en todo caso, las “disposiciones que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social han de interpretarse en sentido estricto (en palabras del Considerando nº 37 del Reglamento 883/2004). Por ello no puede sorprender que tempranamente el TJUE pusiera freno a los abusos de algunos Estados que notificaron prestaciones no contributivas como prestaciones en metálico especiales no contributivas a fin de no exportarlas y reducir así su gasto social: tal ocurrió en la sentencia Swaddling<sup>56</sup>, en la sentencia Jauch<sup>57</sup> (respecto la “asignación de asistencia” austriaca) y la sentencia Leclère<sup>58</sup> (sobre el subsidio de maternidad luxemburguesa<sup>59</sup>).

**98.** Por lo que a España se refiere, están notificadas en el Anexo X del Reglamento 883/2004 las siguientes prestaciones:

- Subsidio de garantía de ingresos mínimos.
- Prestaciones en metálico de asistencia a personas de edad avanzada e inválidos incapacitados para el trabajo.
- Pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva.
- Las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas.
- Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

**99.** Ciertamente, el Gobierno español podría haber notificado el IMV en el Anexo X del Reglamento 883/2004, al igual que ya hizo con las pensiones no contributivas de Seguridad Social y las prestaciones asistenciales autonómicas. En tal caso, a efectos del citado Reglamento 883/2004 el IMV se reputaría de prestación especial en metálico no contributiva y no sería exportable. Pero en cualquier escenario, se notifique o no el IMV en el Anexo X, lo que es evidente es que el IMV habrá de ser abonado fuera de nuestras fronteras cuando los hijos o menores a cargo residan en otro Estado en el que el Reglamento 883/2004 resulte aplicable, o por tiempo limitado cuando el beneficiario se traslade en busca de empleo en el territorio de la UE. E incluso cabe la posibilidad de que el IMV hubiera de ser abonado en Terceros Estados en virtud de convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España.

<sup>55</sup> STJCE de 7 de noviembre 2002,-333/00, (Päivikki Maaheimo) ECLI:EU:C:2002:151: “dado que el subsidio finlandés por guarda a domicilio no se menciona en este anexo, el artículo 10 bis no es aplicable. Por lo tanto, una persona que se encuentre en una situación como la de la demandante en el asunto principal puede alegar lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento 1408/71”.

<sup>56</sup> STJCE de 25 de febrero 1999,-90/97, (Swaddling) ECLI:EU:C:1998: “el Reglamento se opone a que, en el caso de que una persona haya ejercido su derecho a la libre circulación para establecerse en otro Estado miembro en el que haya trabajado y fijado su residencia habitual y haya regresado al Estado miembro de origen en el que reside su familia para buscar trabajo, éste último Estado imponga para conceder las prestaciones un requisito de residencia habitual en él que, además de la intención de residir en su territorio, implique la existencia de un periodo considerable de residencia”.

<sup>57</sup> STJCE de 8 de marzo 2001,-215/99, (Jauch) ECLI:EU:C:2000:698: “la asignación de asistencia no reúne los requisitos del artículo 10 bis del Reglamento 1408/71, que reserva el beneficio de las prestaciones especiales de carácter no contributivo, contempladas en el artículo 4, apartado 2 bis, del mismo Reglamento, a las personas residentes en el Estado miembro en el que se pagan. De ello resulta que la asignación de asistencia que se analiza como una prestación de enfermedad en metálico debe pagarse sea cual fuere el Estado miembro en el que reside la persona necesitada de asistencia que reúna los demás requisitos para obtenerlo”.

<sup>58</sup> STJCE de 31 de mayo 2001,-43/99, (Leclère) ECLI:EU:C:2001:97: “el anexo II bis del Reglamento 1408/71 es inválido en la medida en que incluye, en su parte I (Luxemburgo), letra b), el subsidio de maternidad luxemburguesa”.

<sup>59</sup> El subsidio de maternidad luxemburguesa fue establecido por la Ley de 30 de abril de 1980 y se abona a toda mujer embarazada y a toda mujer que haya dado a luz, sin otro requisito que el de que ésta tuviera su domicilio legal en Luxemburgo en el momento en que nació el derecho.

#### 4. Totalización de períodos resididos en estados en los que se aplica el Derecho la Unión Europea

**100.** Dada la primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea se ha de tener presente que en el campo de la coordinación de sistemas de Seguridad Social los períodos de residencia legal cumplidos en otros Estados en los que el Derecho de la Unión resulte aplicable se habrán de computar como períodos de residencia en territorio español a tenor de la jurisprudencia del TJUE sobre prestaciones no contributivas, tal como ilustra, entre otras muchas, su sentencia Stewart<sup>60</sup>. Y ello por aplicación del artículo 6 del vigente Reglamento 883/2004 que consagra el principio de totalización de períodos de residencia cubiertos en otros Estados en los que rija el Derecho de la Unión.

#### VIII. La aplicación del Reglamento 1231/2010 al Ingreso Mínimo Vital

**101.** El Reglamento 1231/2010 regula la aplicación de las disposiciones de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de sus ámbitos de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites, que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro. Pero siempre y cuando su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro. Es decir, es imprescindible que dicho extranjero haya estado sometido a la legislación de más de un Estado en el que el Reglamento 883/2004 resulte aplicable puesto que el mismo no se aplica a situaciones circunscritas, en todos los aspectos, a un solo Estado miembro.

**102.** Por aplicación del Reglamento 1231/2010 los nacionales de Terceros Estados que hubieran residido legalmente en España y cumplan los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley 20/2020 podrían exportar el IMV en el territorio en el que el Derecho de la Unión Europea resulte aplicable, en tanto y en cuanto que el IMV no sea notificado como prestación especial no contributiva en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

#### IX. El Ingreso Mínimo Vital como ventaja social a efectos del Reglamento 492/2011

**103.** Ventaja social es un concepto jurídico indeterminado cuyos perfiles han sido definidos por la jurisprudencia del TJUE que ha invocado esta noción en las más diversas situaciones incluyendo bajo esa rúbrica todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón, principalmente, de su condición de trabajadores o por el mero hecho de que tienen su residencia habitual en territorio nacional, por lo que su extensión a los trabajadores migrantes permite facilitar su derecho a la libre circulación.

**104.** El concepto de ventaja social está actualmente regulado en el Reglamento 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Hay que matizar que el ámbito de aplicación personal de este Reglamento es más restringido que el del Reglamento 883/2004 pues el primero se aplica solo a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados, excluyéndose a los trabajadores autónomos que se rigen por el principio de libertad de establecimiento, o en su caso, el de libre prestación de servicios.

**105.** A los efectos del Reglamento 492/2011 las notas que caracterizan el concepto de trabajador por cuenta ajena a tenor de la jurisprudencia del TJUE son las siguientes:

- 1) Que se trate de una relación laboral en la que la persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una

<sup>60</sup> STJUE de 21 de julio 2011, -503/09 (Stewart) ECLI:EU:C:2011:500.

remuneración, cualquiera que sea el campo en el que se desarrolla, siendo irrelevante el importe del salario y el carácter a tiempo parcial o intermitente de la actividad, en tanto se trate de actividades “reales y efectivas”, entre las que se incluyen las actividades deportivas, siempre y cuando se realicen con carácter profesional.

- 2) Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que resultan indiferentes tanto los motivos que impulsaron al trabajador de un Estado Miembro a buscar trabajo en otro país, como la naturaleza jurídica del vínculo entre empresario y trabajador.

**106.** El concepto de ventaja social está actualmente regulado en el artículo 7.2 del Reglamento 492/2011 y del mismo se infiere que el trabajador nacional de un Estado miembro se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

**107.** En la sentencia Hendrix<sup>61</sup> el Tribunal de Justicia calificó como prestación especial no contributiva a la prestación holandesa reclamada -destinada a proteger a jóvenes discapacitados- y, por tanto, no exportable. Pero, por otro lado, el Tribunal reconoce al demandante su derecho a cobrarla en Bélgica donde el trabajador (que mantiene su empleo en Holanda) ha trasladado su residencia conceptuándola como ventaja social.

**108.** Dado que el IMV es compatible con el desempeño de una actividad profesional por parte de beneficiario, el traslado de residencia de este último no implicaría la extinción del derecho a cobrarla en otro Estado miembro (sobre todo Estados limítrofes) por aplicación de la citada sentencia Hendrix. Y ello incluso aunque el IMV se notificara en el Anexo X como prestación especial no contributiva.

## **X. El Ingreso Mínimo Vital como prestación de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38: ¿cobrar el Ingreso Mínimo Vital conlleva dejar de cumplir los requisitos para residir legamente en España?**

**109.** El derecho de residencia de ciudadanos de Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable se rige actualmente por la Directiva 2004/38<sup>62</sup>, 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. De sus Considerandos 10 y 16 y de sus artículos 7, 14 y 24 se infiere que el derecho de residencia de las personas no activas incluidas en su ámbito de aplicación y que no son residentes permanentes no puede conllevar que se conviertan en una carga excesiva para la Asistencia Social del Estado miembro de acogida.

**110.** El artículo 7.1 de la Directiva 2004/38 regula el derecho de residencia en un Estado Miembro por un período superior a tres meses distinguiendo dos regímenes jurídicos diferentes: personas activas (trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia<sup>63</sup>) y personas no activas (en este grupo se incluyen a los estudiantes). Respecto a las personas no activas y estudiantes el art. 7.1 letras b) y c) de la Directiva 2004/38 supedita el derecho de residencia por tiempo superior a tres meses a dos requisitos acumulativos: contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y disponer de recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la Asistencia Social.

<sup>61</sup> STJUE de 11 de septiembre 2007, -287/05 (Hendrix) ECLI:EU:C:2007:494.

<sup>62</sup> La Directiva 2004/38 vino a simplificar la regulación del derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea que había llegado a estar regulado por dos Reglamentos y nueve Directivas.

<sup>63</sup> STJUE de 19 de junio 2014, -507/12, (Saint Prix) ECLI:EU:C:2013:841: “una mujer que deja de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto mantiene la condición de trabajadora, en la acepción de dicho artículo, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo”.

**111.** Pero la Directiva no contiene una definición de Asistencia Social. El TJUE abordó la definición del término Asistencia Social a efectos de la Directiva 2004/38 en la sentencia Brey<sup>64</sup>. La cuestión prejudicial versó sobre una prestación austriaca que a efectos del Reglamento 883/2004 se califica de prestación especial no contributiva de Seguridad Social. El demandante, pensionista alemán que trasladó su residencia a Austria, no tenía reconocida la residencia permanente en dicho Estado de acogida. El Tribunal de Justicia en el caso Brey interpreta extensivamente el concepto de Asistencia Social contenido en la Directiva 2004/38 dotándole de un contenido autónomo frente al concepto de Asistencia Social a efectos del Reglamento 883/2004, puesto que concluyó que tal concepto “engloba a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado”. Pero, y esto es digno de subrayar, el Tribunal de Justicia entiende que el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de Asistencia Social no basta para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema del Estado miembro de acogida.

**112.** Es decir, que no cabría excluir automáticamente su derecho a prestaciones no contributivas de Seguridad Social o de Asistencia Social en el Estado de acogida. Y por ello el Tribunal falla que el Derecho de la Unión Europea se opone a la normativa austriaca que deniega automáticamente a ciudadanos no activos nacionales de Estados de la UE prestaciones especiales no contributivas. El fallo de la sentencia Brey resulta congruente, a nuestro juicio, con la conclusión alcanzada por el TJUE en su sentencia de 7.10. 2010, -162/09 (Lassal): “habida cuenta del contexto y de las finalidades perseguidas por la Directiva 2004/38, sus disposiciones no pueden interpretarse de manera restrictiva y no deben, en cualquier caso, ser privadas de su efecto útil”.

**113.** Sin embargo, a partir de la sentencia Dano<sup>65</sup> se produce un giro radical en la jurisprudencia del TJUE en relación con el tema que nos ocupa: la Sra. Dano, rumana y residente en Alemania -aunque sin tener reconocida la residencia permanente- carecía de cualificación profesional y no había ejercido nunca una actividad profesional en ningún Estado miembro. En tales circunstancias solicita una prestación social alemana que se califica como prestación especial no contributiva en el sentido del artículo 70 del Reglamento 883/2004. Sin embargo, la misma prestación a efectos de la aplicación de la Directiva 2004/38 es calificada por el TJUE de “prestación de Asistencia Social”. Y aunque el Tribunal mantiene la interpretación autónoma que hizo en la sentencia Brey del concepto de Asistencia Social a los efectos de la Directiva 2004/38, en su fallo no se cuestiona ya que esté vedado denegar automáticamente prestaciones especiales no contributivas a ciudadanos no activos nacionales de Estados miembros.

**114.** Idéntica solución adopta el TJUE en el asunto Alimanovic<sup>66</sup> respecto a dos demandantes de empleo de nacionalidad sueca que solicitaban una prestación alemana que ha sido notificada en el Anexo X del Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva de Seguridad Social. Sin embargo, a efectos de la Directiva 2004/38 el TJUE califica a la prestación en litigio de “Asistencia Social” y considera que las personas que no disfruten de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 no puedan reclamar prestaciones de Asistencia Social en las mismas condiciones aplicables a los propios nacionales, puesto que ello vulneraría uno de los objetivos de dicha Directiva.

**115.** En el caso García Nieto<sup>67</sup> los litigantes eran españoles y reclaman la misma prestación alemana objeto de la sentencia Alimanovic. El TJUE reitera que la prestación controvertida debe conside-

<sup>64</sup> STJUE de 19 de septiembre 2013, -140/12 (Brey) ECLI:EU:C:2013:565.

<sup>65</sup> STJUE de 11 de noviembre 2014, -333/13 (Dano) ECLI:EU:C:2014:2358.

<sup>66</sup> STJUE de 15 de septiembre 2015, - 67/14 (Alimanovic) ECLI:EU:C:2015:597.

<sup>67</sup> STJUE de 25 de febrero 2016, -299/14 (García Nieto) ECLI:EU:C:2016:114.

rarse como una prestación de Asistencia Social a los efectos la Directiva 2004/38, independientemente de que la ayuda concedida a un solicitante difícilmente pueda calificarse de “carga excesiva” para un Estado miembro, en el sentido del artículo 14.1 de la Directiva 2004/38 puesto que a tales efectos habrían de sumarse todas las solicitudes individuales que se le hubieran presentado. En conclusión, el Tribunal considera que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede quedar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros, en concreto, la protección del erario público. A efectos de la Directiva 2004/38 el Tribunal de Justicia interpreta extensivamente el concepto de Asistencia Social como un concepto que engloba a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida.

**116.** En España la transposición de la Directiva 2004/38 se llevó a cabo a través del Real Decreto 240/2007 que, en su versión primigenia, no exigía para residir legalmente en España la necesidad de acreditar tener recursos suficientes y contar con un seguro médico. Los perjuicios económicos que semejante política legislativa provocó en nuestro país y que destacó el Tribunal de Cuentas, hizo que en el año 2012 el artículo 7 del Real Decreto 240/2007 fuera modificado por Real Decreto-ley 16/2012. A partir de su entrada en vigor a las personas no activas se les exige como requisito para residir legalmente en territorio nacional tener “recursos suficientes para no convertirse en una carga para la Asistencia Social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España”.

**117.** El artículo 7 del Real Decreto 240/2007 fue desarrollado por la Orden PRE/1490/2012 que en su art. 3.2.c) -por lo que respecta al derecho de residencia por plazo superior a tres meses de personas que no ejerzan una actividad laboral en España- exige que: “la valoración de la suficiencia de medios deberá efectuarse de manera individualizada, y en todo caso, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del solicitante. Se considerará acreditación suficiente para el cumplimiento de este requisito la tenencia de recursos que sean superiores al importe que cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del interesado”.

**118.** La tesis que aquí se defiende es que la Orden PRE/1490/2012 -anticipándose en el tiempo a la sentencia Dano y siguientes- identifica el concepto de Asistencia Social de la Directiva 2004/38 con prestaciones de Seguridad Social no contributivas españolas entre las que ahora también se encuentra el IMV. Por tanto, una persona no activa extranjera con residencia temporal legal en España que reclamara el IMV dejaría de cumplir los requisitos para residir legalmente en nuestro país al no acreditar que cuenta con recursos económicos suficientes.

## **XI. El Ingreso Mínimo Vital y los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España**

### **1. La inaplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al Ingreso Mínimo Vital**

**119.** El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social fue ratificado por España el 12 de febrero de 2010 y se publicó, junto a su Acuerdo de aplicación (2009) en el BOE nº 7 de 8.1.2011. Entró en vigor en España el 1.5.2011.

**20.** La redacción del articulado del Convenio Multilateral se inspira claramente en el Reglamento 883/2004, pero su ámbito de aplicación material es mucho más restringido ya que el Convenio Multilateral sólo es aplicable a prestaciones contributivas en metálico relativas a las “las ramas de Seguridad Social relacionadas con las prestaciones económicas de invalidez; las prestaciones económicas

de vejez; las prestaciones económicas de supervivencia; y las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional”. Puesto que las prestaciones no contributivas de Seguridad Social quedan excluidas del ámbito del Convenio Iberoamericano es incuestionable que el Convenio no resulta aplicable al Ingreso Mínimo Vital.

## 2. Prestaciones no contributivas y convenios bilaterales de Seguridad Social

**121.** De los 24 Tratados bilaterales de Seguridad Social ratificados por España y en vigor, actualmente sólo tres (Australia, Chile y República Dominicana) incluyen dentro de su ámbito de aplicación material a las prestaciones no contributivas<sup>68</sup>. Como indica FERRADANS CARAMÉS<sup>69</sup> respecto a estos tres convenios “para la concesión de las prestaciones no contributivas cada parte tendrá en cuenta sólo los periodos de residencia acreditados en dicha parte”. Es decir, no se aplica el principio de totalización de períodos acreditados en otros territorios.

**122.** Ya que el IMV se aplicará en todo caso a los extranjeros que acrediten un período de residencia legal en España de al menos un año en igualdad de condiciones que a los nacionales, podría pensarse que ni los tres tratados internacionales antes citados ni los restantes vigentes aportan nada nuevo a la hora de aplicar el IMV. Sin embargo, puesto que el Real Decreto-ley 20/2020 impide presentar nuevas solicitudes para prestación familiar no contributiva por hijos o menores a cargo no discapacitados -ahora subsumida en el IMV- se plantea la cuestión de cómo interpretar todos los convenios bilaterales que incluyen dentro de su ámbito de aplicación a las prestaciones familiares.

## 3. ¿Abono del Ingreso Mínimo Vital por hijos y menores a cargo no discapacitados que residan en terceros Estados por aplicación de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España?

**123.** Al haberse suprimido el derecho a presentar nuevas solicitudes de prestaciones familiares no contributivas por hijo o menor de edad acogido no discapacitado tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2020, obviamente no pueden invocarse los tratados internacionales para su reconocimiento. Pero puesto que ahora las prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores no discapacitados han quedado subsumidas en el IMV hay que plantearse los efectos que ello conlleva desde el punto de vista de la aplicación de los tratados internacionales de Seguridad Social.

**124.** A este respecto resulta clave la Circular 4/2006, de 11 de octubre, titulada “Instrucciones para la aplicación de las normas sobre protección familiar de la Seguridad Social” que enumera en su artículo 14.2 los doce convenios bilaterales suscritos por España que incluyen dentro de su ámbito de aplicación a las prestaciones familiares. La citada Circular, en su página 43, señala explícitamente que “en aplicación de estos Convenios, a excepción del de Australia, la residencia del hijo, o en su caso del menor acogido, en el otro Estado signatario de la norma bilateral será considerada como residencia en territorio nacional” y se añade “es importante destacar que estas normas internacionales sólo se refieren a la residencia de los causantes, no de los beneficiarios...”.

<sup>68</sup> Artículo 17.1 del Convenio hispano-australiano: “las prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social español serán reconocidas a los nacionales australianos en las mismas condiciones y con los mismos requisitos legales establecidos para los nacionales españoles”.

Artículo 22.1 Convenio hispano-chileno: Las pensiones no contributivas se reconocerán por cada una de las Partes a los nacionales de la otra Parte, de acuerdo con su propia legislación.

Artículo 6.1 Convenio entre España y la República Dominicana: “1. Las prestaciones no contributivas se reconocerán por cada una de las Partes a los nacionales de la otra Parte, de acuerdo con su propia legislación”.

<sup>69</sup> C. FERRADANS CARAMÉS, “Los Convenios Internacionales de Seguridad Social en un contexto de migraciones laborales”, en: VV.AA., *1492-2017: Un puente jurídico entre dos mundos*, Murcia, Laborum, 2017, p. 165.

**125.** Puesto que la excepción al requisito de la residencia en España, conforme a la Circular 4/2006 sólo era aplicable a los sujetos causantes, hay que tener presente que con el Real Decreto-ley 20/2020 los antiguos sujetos causantes se califican ahora de beneficiarios. Ello conllevaría a que, dada la clarísima redacción del artículo 7.1.a) del Real Decreto-ley 20/2020, el requisito de la residencia legal y efectiva de forma continuada e ininterrumpida en España durante al menos un año será exigible a todos los beneficiarios, incluidos por tanto los hijos y acogidos no discapacitados menores de edad.

**126.** Sin embargo, la falta de litigiosidad sobre el pago del IMV a personas que lleven al menos un año residiendo legalmente en España pero cuyos hijos o menores a cargo no discapacitados residan en países con los que existe convenio bilateral que incluya en su ámbito de aplicación material a las prestaciones familiares, induce a pensar que España estaría abonando -sin fundamento legal a nuestro juicio- el IMV a beneficiarios que residen permanentemente en Brasil, Canadá, Chile, República Dominicana, Marruecos, Paraguay, Perú, Rusia, Túnez, Ucrania y Uruguay.

#### **4.¿Abono del Ingreso Mínimo Vital por los hijos y menores a cargo no discapacitados que residan fuera del territorio de la Unión Europea por aplicación de la recomendación H1 de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes?**

**127.** La Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes es la encargada de resolver todas las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de las disposiciones del Reglamento 883/2004.

**128.** Con fecha 19 de junio de 2013, la citada Comisión Administrativa adoptó la Recomendación H1<sup>70</sup> “relativa a la jurisprudencia Gottardo, según la cual deben concederse a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de que disfrutaban los trabajadores nacionales de un Estado miembro en virtud de un convenio bilateral de seguridad social que este haya celebrado con un tercer Estado.

**129.** El TJUE en su sentencia Gottardo<sup>71</sup> modificó radicalmente la doctrina sentada en el caso Grana-Novoa<sup>72</sup>. Y el TJUE falló que las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer Estado deben, con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben, computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales. A mayor abundamiento, el TJUE dictaminó que cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio

<sup>70</sup> Esta Recomendación tiene como fundamento legal los apartados a) y c) del artículo 72 del Reglamento 883/2004 y fue publicada el 27.9.2013 en el Diario Oficial de la Unión Europea C 279/13.

<sup>71</sup> STJCE de 15 de enero 2002, -55/00, (Gottardo) ECLI:EU:C:2002:16: “las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer Estado deben, con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben, computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales”.

<sup>72</sup> La cuestión prejudicial Grana-Novoa se plantea como consecuencia de que a la trabajadora, de nacionalidad española, con cotizaciones en Alemania y en Suiza, se le denegó la pensión de vejez alemana solicitada por no cumplir el período de carencia exigido por la legislación germana. La pretensión de la Sra. Grana-Novoa se ceñía a que Alemania totalizara los períodos cotizados en Suiza, al amparo del Convenio de Seguridad Social celebrado entre la República Federal de Alemania y la Confederación Suiza, cuyo ámbito de aplicación personal se circunscribía, sin embargo, sólo a los ciudadanos alemanes y suizos. El Tribunal de Justicia falló que el concepto de legislación no incluye las disposiciones de convenios internacionales de Seguridad Social celebrados entre un solo Estado miembro y un tercer Estado (STJCE de 2 de agosto 1992, -23/92 (Grana Novoa). ECLI:EU:C:1993:339.

internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado no puede ser una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en dicho convenio se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembros las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales.

**130.** En base a este fallo histórico, la Comisión Administrativa recomienda a las instituciones competentes que *“de conformidad con el principio de no discriminación entre sus propios nacionales y los nacionales de otros Estados miembros que hayan ejercido su derecho a la libre circulación de conformidad con el artículo 21, apartado 1, y con el artículo 45, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las disposiciones de todo convenio de Seguridad Social celebrado con un tercer país deben aplicarse en principio también a los nacionales de los demás Estados miembros que se encuentren en la misma situación que los nacionales del Estado miembro en cuestión. Los Estados miembros deben informar a las instituciones de los Estados con los que hayan celebrado convenios de Seguridad Social, cuyo ámbito de aplicación personal o material incluya únicamente a los nacionales, de las consecuencias de la presente Recomendación”*.

**131.** Dicho con otras palabras, de conformidad con esta Recomendación H1 los convenios bilaterales de Seguridad Social existentes entre un Estado miembro y un tercer Estado deben interpretarse en el sentido de que las ventajas previstas para los nacionales del Estado miembro parte en dicho convenio deben, en principio, concederse a un nacional comunitario en la misma situación objetiva.

**132.** Aplicando la citada Recomendación H1 al IMV resultará que si España abonase a los nacionales españoles el IMV por razón de los hijos o menores a su cargo no discapacitados fuera del territorio de la Unión Europea en virtud de Convenios bilaterales de Seguridad Social con Terceros Estados, habría igualmente de reconocer estas prestaciones en igualdad de condiciones a los ciudadanos de la Unión Europea que hayan ejercido el derecho a la libre circulación. Y ello, aunque los ciudadanos de la Unión Europea no estén incluidos dentro del ámbito de aplicación personal de los Convenios de Seguridad Social vigentes en España que permiten el abono de prestaciones por cargas familiares en Terceros Estados.

## **XII. Conclusiones**

**133.** El IMV regulado por el Real Decreto-ley 20/2020 es una prestación no contributiva de Seguridad Social sometida a prueba de recursos que se añade a una larga lista de prestaciones no contributivas que conforman el sistema mixto de Seguridad Social español.

**134.** El IMV no protege frente a una única contingencia de Seguridad Social, sino que aspira a proteger simultáneamente una pluralidad de ellas. Es una prestación “multirriesgos”. Garantizar unos ingresos mínimos a la población es una forma de adaptar la Seguridad Social a un escenario socio-económico donde no se puede realizar ya el pleno empleo retribuido.

**135.** El IMV es una prestación coordinada por el Reglamento 883/2004 como prestación no contributiva de Seguridad Social y, por tanto, exportable dentro del territorio de los Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea mientras no sea objeto de notificación en el Anexo X del citado Reglamento.

**136.** También cabría defender la exportación del IMV al amparo del artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Luxemburgo.

**137.** A efectos de la Directiva 2004/38 el IMV ha de calificarse como prestación de Asistencia Social y por ello su solicitud conllevaría que los residentes temporales extranjeros no activos dejen de cumplir uno de los requisitos exigidos por el Real Decreto 240/2007 para residir legalmente en España.

**138.** Por aplicación del Reglamento 492/2011 el IMV también puede ser calificado como ventaja social.

**139.** Al amparo de los convenios internacionales de Seguridad Social España podría estar abonando -sin fundamento legal a nuestro juicio- el IMV a beneficiarios que residen permanentemente en Brasil, Canadá, Chile, República Dominicana, Marruecos, Paraguay, Perú, Rusia, Túnez, Ucrania y Uruguay.

**140.** Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2020 no existe ya en España una protección específica y autónoma para afrontar los gastos derivados de la crianza de menores no discapacitados. Hubiera sido más práctico desde el punto de vista técnico-legislativo y se hubiera alcanzado idéntico objetivo social simplemente aumentando significativamente el importe de las prestaciones familiares no contributivas ya existentes para prevenir así el riesgo de pobreza y exclusión social de estas familias, en vez de “subsumirlas” en el IMV que ha dado lugar a una caótica situación.

# PROPRIETARY ESTOPPEL: AN ITALIAN CASE LAW PERSPECTIVE

## PROPRIETARY ESTOPPEL: UN'ANALISI COMPARATA DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

LAURA VAGNI

*Professor of Private Comparative Law  
University of Macerata, Italy*

ORCID: 0000-0001-6515-763X

Recibido: 22.11.2020 / Aceptado: 18.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5975>

**Abstract:** In the English system, the doctrine of proprietary estoppel prevents a legal owner from acting in an unconscionable manner to the detriment of a reliable claimant. A proprietary estoppel could give rise to a proprietary right of the claimant. Italian law does not recognise a similar doctrine nor does Italian property law seem compatible with it. Nevertheless, in some recent cases, the courts protected the claimant's reasonable reliance, preventing the legal owner from acting in contradiction with his/her own previous conduct (according to the maxim *venire contra factum proprium nemo potest*). This paper analyses these judicial decisions, and evaluates when and how the claimant's reliance is protected.

**Keywords:** property rights, *venire contra factum proprium nemo potest*, detrimental reliance, equity, informal promises.

**Riassunto:** Nel diritto inglese, in base al *proprietary estoppel*, un soggetto che è stato indotto dal proprietario a confidare nel verificarsi di effetti costitutivi o traslativi della proprietà può, al ricorrere di determinate circostanze, agire in giudizio per l'attribuzione del diritto in via equitativa. La regola, com'è noto, non trova riconoscimento nel diritto italiano. In alcune recenti decisioni le Corti italiane, tuttavia, pur nel rispetto formale delle regole in materia di proprietà, hanno impedito al proprietario di esercitare facoltà e poteri dominicali in violazione delle aspettative dallo stesso ingenerate in un soggetto terzo. Il presente lavoro analizza questa giurisprudenza, con lo scopo di valutare se e con quali effetti sia tutelato l'affidamento del terzo.

**Parole chiave:** diritti reali, *venire contra factum proprium nemo potest*, affidamento, equità, promesse e patti informali.

**Summary:** I. A premise: the maxim *venire contra factum proprium nemo potest*. II. *Ius tollendi* and protection of detrimental reliance. III. Tacit renunciation to enforce a property right acquired by usucapion. IV. The promise to perform an informal fiduciary contract. V. The confirmation of oral wills or donations. VI. Unilateral promises, informal agreements, and reliance protection against unfair conduct: an Italian version of estoppel.

## I. A premise: the maxim *venire contra factum proprium nemo potest*

1. The maxim *venire contra factum proprium nemo potest* evokes a rule according to which the holder of a right is estopped from enforcing it against a defendant, in contradiction with a state of facts or a previous conduct of the holder on whom the defendant relied. The doctrine developed during the *jus commune*, on the basis of the interpretation of the *Corpus Iuris Civilis* by the Glossators and Commentators, and it shows some similarities with the equitable doctrine of estoppel<sup>1</sup>. Consequently, some authors trace the two doctrines back to a common origin<sup>2</sup>.

2. In the English system, the equitable doctrine of estoppel developed as a processual exception that a defendant could raise before the Court of Equity to prevent fraudulent actions by a plaintiff.

In modern times, equitable estoppel is also recognised as a substantive rule and it is used not only as a shield but also as a sword<sup>3</sup>. Thus, in some circumstances, estoppel is a source of rights and a person's reliance could constitute grounds for judicial action. Nowadays, the doctrine is applied to different ambits of the law and under different names. Indeed, many authors speak about estoppels instead of estoppel and they identify different rules among the many judicial applications of the doctrine<sup>4</sup>.

3. Estoppel becomes a 'proprietary' estoppel if the right or interest claimed, on the basis of a reliance, is proprietary, such as a right over land or in relation to chattels or referred to a chose in action<sup>5</sup>. In such cases, Equity prevents a legal owner from acting in an unconscionable manner and from asserting his/her legal title against the claimant. The main requirements for the application of the doctrine are: a) the claimant must to the knowledge of the legal owner have acted in the belief that the claimant has obtained or will obtain an interest in the property; b) the claimant must have acted to his or her detriment in reliance on such a belief<sup>6</sup>. Finally, a state of reliance could lead, in some circumstances, to the acquisition of a proprietary interest by a non-titled person on the basis of proprietary estoppel.

4. In the civil law systems, the maxim *venire contra factum proprium nemo potest* has never seen a similar application; conversely, the rules developed during the *jus commune*, and expressed by the Latin maxim, were only partially accepted by the codifications of the XIX century.

During the last century and in the first half of the new century, in the Italian system, the maxim was rarely quoted in the courts' decisions<sup>7</sup>. In recent times, however, there has been increasing attention paid to the rule and the courts have started to quote it in several judgments relating to various fields such

<sup>1</sup> The first important study by modern scholars is the work of E. RIEZLER, *Venire Contra Factum Proprium. Studien in roemischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1912; in Italian cf. F. RANIERI, *Alienatio Convalescit: contributo alla storia e alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*, Milano, Giuffrè, 1974, *passim*.

<sup>2</sup> For the first references about the relationship between the maxim *venire contra factum proprium nemo potest* and the equitable doctrine of estoppel cf. Sir. E. COKE, *The First Part of the Laws of England, or, a Commentary upon Littleton*, 11th ed., to which are annexed *Old Tenures, and some notes and additions*, London, 1719, sect. 667, who affirms: "Estoppe cometh of a French word estoupe, from whence the English word stopped". In modern time, cf. L. DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 63; J.H. WIGMORE, *Treatise on The Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, Including the Statutes and the Judicial Decisions of All Jurisdictions of United States and Canada*, 3<sup>d</sup> ed., New York, Little, Brown & Co., 1940, n. 1117 and n. 2426; v. M.R.T. MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin, Duncker und Humblot, 1999, p. 131 ff., at 136-137.

<sup>3</sup> Sir W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, IX, London, Methuen, 1936, p. 146, according to whom the doctrine developed from a rule of evidence to a presumption *iuris et de iure* about the existence of a right. For an analysis of the modern doctrine cf. E. COOKE, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, Oxford University Press, 2000, *passim*.

<sup>4</sup> *Snell's Equity*, 34<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 2019, III, chapter 12, sec 1. Introduction.

<sup>5</sup> Cf. *Yeoman's Row Management Ltd & Anor v. Cobbe*, [2008] UKHL 55, for Lord Scott. However, cf. *Thorner v. Majors and others*, [2009] UKHL 18. On proprietary estoppel cf. B. McFARLANE, *The Law of Proprietary Estoppel*, Oxford, Oxford University Press, 2014; M. PAWLOWSKI, *The Doctrine of Proprietary Estoppel*, London, Sweet & Maxwell, 1996.

<sup>6</sup> *Grant v. Edwards*, [1986] Ch 638, at 656, where Lord Brown-Wilkinson draws a similarity between promissory and proprietary estoppel.

<sup>7</sup> Some scholars affirm the utility of the maxim but, at the same time, they underline the impossibility of translating the maxim into a general principle of Italian law, applicable to all matters. Cf. F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 237-238; F. FESTI, *Il divieto di "Venire contro il fatto proprio"*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 23.

as contract law, labour law and administrative law. Moreover, many decisions about the law of obligations underline a close relationship between the maxim *venire contra factum* and the principles of good faith and fair dealing (Arts. 1175 and 1375, Italian civil code)<sup>8</sup>.

The new judicial interpretation is part of a general trend of recognition of the prohibition of *venire contra factum proprium* by case law, at a European and international level<sup>9</sup>, as well as in the case law of some other European national systems<sup>10</sup>,

5. In this scenario, however, property law seems the least permeable ambit for the application of the rule, due to the difficulty of reconciling it with the nature of the right of property in civil law systems.

The property owner has an absolute and exclusive right and he/she may also act in a contradictory manner or simply be inactive. In other words, a property right, in the civil law tradition, attributes to the title-owner a wide discretion, according to which the owner could indulge in conduct that does not conform to commonly accepted moral and social rules or which could even be antithetical to the standards of conduct of society<sup>11</sup>. Consequently, acts or statements made by the title-owner, in the exercise of a property right, do not give rise to an obligation against third parties, except in the cases established by law.

6. In the Italian system, there are a set of principles and rules according to which the constitution, modification, extinction of a real right or the effects *erga omnes* depend on the respect of formal requirements, whereas a state of facts or informal acts have no legal relevance. They are, for example, the principle of *numerus clausus* of real rights, the requirement of written form for the transfer, modification or constitution of land rights (Art. 1350 Italian civil code), the formal requirement for the validity of donation (Art. 782 Italian civil code), the formality required for the registration of land titles and the regulation of the effects of registration.

7. Although the Italian system of property law does not contemplate any recognition of proprietary estoppel, in some recent judgments the courts have prevented the property owner, who had induced a third party to rely on an acquisition of a property interest, from exercising his/her right in violation of such expectations. This case law concerns various cases, sometimes even isolated judgments, where the courts, using different legal arguments, recognised the right of the property owner, but they estop its exercise in violation of a detrimental reliance by a third party.

This paper presents some examples of these judicial decisions, without any claim to completeness, in order to evaluate whether, and in what cases, judicial protection of a third party's reliance could limit the content of a property right or its exercise by the title-owner.

## II. *Ius tollendi* and protection of detrimental reliance

8. In general terms, accession is a method of original acquisition of ownership through the incorporation of a lesser thing into a greater one, the owner of the greater thing acquiring title to the lesser thing which is incorporated.

Italian law accepts the principle of incorporation and regulates acquisition by accession at Arts. 934 and following of the civil code.

<sup>8</sup> Cf. C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 105, however, who distinguishes between good faith and estoppel: good faith being a general clause whereas estoppel developed as an exceptional remedy, and it has conserved this feature also in modern times.

<sup>9</sup> For the first references Cf. P. PINSOLLE, "Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international", in M. Behar-Touchais (ed.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris, Economica, 2001, p. 37 ff.

<sup>10</sup> In the French system, for example, cf. O. HILLEL/M.N. JOBARD-BACHELLIER, "Les applications du principe [de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui] en droit du contentieux interne et international", in M. Behar-Touchais (ed.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, cit., p. 53.

<sup>11</sup> Cf. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, directed by A. Cicu/F. Messineo, vol. VIII, II, Milano, Giuffrè, 1995, p. 212.

Art. 934 c.c., in particular, provides that any planting, structure or works existing upon land belong to the owner of the land, except in cases expressly regulated by legislation. In the absence of legal title, therefore, a landowner automatically acquires ownership of any structure, erected by a third party on his/her land. The acquisition is original and it does not depend on the will of the owner of the land.

9. The Italian civil code establishes some exceptions to this rule. So, Art. 936 c.c. provides that when a third party builds a structure on the land of a proprietary owner, with his/her own materials, the landowner has the right to retain it or to compel such a person to remove it (*ius tollendi*). However, the landowner cannot compel the third party to remove the building when the landowner was aware of it and he/she did not oppose such works, and “[...] the works were undertaken by the third party in good faith” (Art. 936, paragraph 4). Some authors interpret the provision as a codification of the prohibition of *venire contra factum proprium*<sup>12</sup>: from this perspective, the third party is in good faith only in the case of innocent ignorance, due to an appearance made by the landowner or by a third person.

10. The parties may establish by contract some exceptions to the principle of accession, according to legislation. For example, the landowner may alienate a right of superficies (*ius aedificandi*) to another party, by formal contract.

11. Italian courts also recognise protection of informal bilateral contracts through which a title-owner alienates a *ius aedificandi* and undertakes to respect the building erected on his/her land by the other contractual party. In these cases, the landowner acquires by accession the building erected by the other party. However, the landowner is bound to respect the obligation arising from the contract between the parties. Thus, the right acquired by the builder is not a real right and it is not enforceable *erga omnes*.

12. In a recent decision, the Italian Court of *Cassazione* dealt with the question of the principle of accession to decide whether it is applicable to co-ownership of land<sup>13</sup>. The case concerned a controversy between two co-owners of a building over a plot of land: the Cà d’Oro company and Mr. P. The Company added a basement to the building at its own cost. P sued the Company by requesting the division of the co-owned land and building, but the defendant objected and asked the judge to declare its exclusive ownership of the basement. Indeed, the parties had established by informal agreement that the Company was the owner of the basement and Mr. P had assured the Company that he would recognise its exclusive property of the basement.

13. The Court of Appeal, deciding the case, recognised the Cà d’Oro’s exclusive property right to the basement and stated that the principle of accession is not applicable to co-ownership. Indeed, accession is applicable only when a third party builds on another’s land, whereas the co-owner builder was not a third person with respect to the title-owner of the land<sup>14</sup>. According to this thesis, the building on co-owned land falls under common ownership if it is erected in compliance with the law of co-ownership (Arts. 1100 c.c. and following). Conversely, a building that modifies the original designated use of the co-ownership and precludes or limits its use by another owner is illegal and the latter could insist on its removal, and sue the builder for damages.

14. The Court of *Cassazione* departed from the interpretation given by the Court of Appeal and stated that the principle of accession is also applicable to co-ownership. Indeed, accession does not require the builder to have no title to the land. Therefore, the law of co-ownership does not interfere with the application of accession and the other methods of original acquisition of property. The Court stated:

<sup>12</sup> In these terms A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 769.

<sup>13</sup> Cass. Civ., plenary session, 16-02-2018, n. 3873, *Il Foro Italiano*, 2018, 4, I, 1200, with comment by C. BONA, “Accessione, comunione e Verwirkung”.

<sup>14</sup> For the first references cf. L. TORMEN, “Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, vol. 6, pp. 847-863 and judicial decisions quoted *ivi*.

“In reality, the criticised case law, by excluding the application of the principle of accession in co-ownership cases and establishing the application of the rules provided by Articles 1100 civil code and subsequent articles, create, *by case law*, a new method of original acquisition of property, that is not based on legislation”<sup>15</sup>.

**15.** In conclusion, the building erected by Ca d’Oro on the co-owned land is incorporated by accession in the land and the landowners acquired it in common. The Court specified that Art. 936 c.c. is not applicable in such cases. Indeed, Art. 936 requires the presence of a third non-owner builder. Nevertheless, on the basis of the law of co-ownership, the Company was liable to Mr. P for a violation in the use of the common land and, consequently, P could exercise his right to remove the building erected without his consent (*ius tollendi*).

The Court of *Cassazione* recognised this right to P, but it added that the exercise of *ius tollendi* needs to comply with the principles of tolerance, good faith and protection of reliance<sup>16</sup>. Therefore, the judge has to distinguish between the case where the builder erected the structure notwithstanding the co-owner’s prohibition and the case where the co-owner gave his/her implicit consent or tolerated the building. In the first hypothesis, the co-owner of the land may exercise *ius tollendi*, whereas in the second he/she is estopped from removing the building in order to protect the reliance of the builder<sup>17</sup>.

For the same reason – the Court argued – even bare tolerance (that is the absence of any reaction by the owner who knew the building, for a reasonable period of time) prevents the owner from exercising *ius tollendi*<sup>18</sup>.

**16.** Finally, the law of co-ownership, interpreted according to the principle of good faith and protection of reliance, leads to the same effects as the application of Art. 936 civil code. Along these lines, the Court did not recognise a real right to the builder; in any case, it protected the builder’s interest to maintain the building on the land, thus preventing the co-owner from profiting from the builder’s reliance.

### III. Tacit renunciation of enforcing a property right acquired by usucapion

**17.** In Italian law, the renunciation of a real right requires written form for it to be valid (Art. 1350 civil code).

**18.** Most Italian scholars sustain that the original acquisition by usucapion is automatic and the adverse possessor acquires a real right when all the requirements provided by the law are satisfied. Indeed, the judgment of a court that recognises acquisition by usucapion has a declarative value: the judge ascertains that the acquisition of a real right has taken place on the basis of continuous possession for a legally established period<sup>19</sup>. Along these lines, the renunciation of a real right acquired by usucapion should be written in order to be valid<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Cass. Civ., plenary session, 16-02-2018, n. 3873, cit.: “Il vero è che, nella sostanza, la giurisprudenza criticata, una volta esclusa l’applicabilità del principio di accessione in materia di comunione e ritenuta applicabile solo la disciplina di cui agli artt. 1100 e segg. cod. civ., è venuta a creare di fatto, *per via pretoria*, una nuova figura di ‘acquisto a titolo originario’ della proprietà, che non ha base legale” [my traslation].

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> In these terms Court of *Cassazione*, *ibidem*.

<sup>18</sup> Cass. Civ., plenary session, 16-02-2018, n. 3873, cit.; cf. C. BONA, *op. cit.*, according to which the Court evokes a rule similar to *Verwirkung*.

<sup>19</sup> Cf. S. RUPERTO, “Usucapione (diritto vigente)”, *Enc. Dir.*, XLV, 1992, pp. 1022-1088, at 1046; U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 244 ff.; *contra* R. SACCO/R. CATERINA, *Il possesso, Trattato di diritto civile e commerciale*, directed by A. Cicu/F. Messineo, 2nd ed., vol. VII, Milano, Giuffrè, 2000, p. 508, who affirm: “[...] the person who possessed for twenty years is not the proprietary owner: he/she is a possessor or a owner depending on his/her own choice”. Along these lines the possessor can renounce usucapion and usucapion cannot be declared by the judge *ex officio*.

<sup>20</sup> *Contra* R. SACCO/R. CATERINA, *op. ult. cit.*, p. 509.

19. Conversely, the case law establishes that acquisition by usucapion does not depend exclusively on the passage of time of possession. The original acquisition requires the adverse possessor to intend to profit from the favourable effects of the prolonged possession. Consequently, the acquisition by usucapion is enforced *ope exceptionis*, that is the person who wants to benefit from the acquisition has to take the matter to court.

20. A person in possession for the time required to acquire by usucapion may renounce the advantage of the favourable effects deriving from possession. The object of the renunciation is not a real right, but a personal right: the right to enforce the acquisition by usucapion.

21. According to the foregoing hypothesis, most case law affirms that a renunciation of usucapion does not need to be in written form. The renunciation could be oral or even tacit since it is not a renunciation of a real right<sup>21</sup>.

Tacit renunciation exists through actions by the entitled person that are incompatible with his/her intention to sue the court for its declaration of usucapion. The person who renounced benefitting from the favourable effects of usucapion, expressly or tacitly, could not act in contradiction with his/her previous renunciation. Indeed, the registered owner can estop the possessor's claim.

22. In a recent case, the Court of *Cassazione* applied this doctrine and rejected the action of an adverse possessor who wanted to enforce a property right against the true owner, in contradiction with the previous tacit renunciation of the action, performed extrajudicially.

The parties to the controversy were a title-owner of a plot of land (a diocesan institute for the support of the clergy) and the adverse possessor of the same plot. Although the requirements for the acquisition by usucapion had matured, the possessor participated in a tender, launched by the true owner, and he made a proposal to purchase the land. The land was awarded to another offeror, so the adverse possessor sued the Court to enforce the acquisition of a property right by usucapion. The Court of *Cassazione* estopped the action of the plaintiff, stating that the conduct of the plaintiff and his participation in the tender were unequivocal expressions of his renunciation of the action.

23. The style of the Court's decisions does not allow a reader to understand the entire construction of the facts of the case, whereas the judgments of the *Tribunali* present a more detailed description of the facts. In fact, from the decision of the *Tribunale* of Camerino, in the first instance, it emerges that the adverse possessor had acted in a fraudulent way to the detriment of the registered owner. The adverse possessor raised the offer more than once during the tender. The *Tribunale* observed that the conduct of the possessor was "incomprehensible" as he wanted to purchase a property that "was already his own"<sup>22</sup>.

The possessor, "who was certainly not an unprepared person"<sup>23</sup>, did not inform the true owner about the usucapion and he preferred to participate in the tender. Then, the adverse possessor sued the registered owner in order to enforce the right of property originally acquired one year after the acquisition of the land by a third purchaser. This strategy had the aim of preventing the registered owner, made aware of the adverse possession, from interrupting the passage of the time for usucapion through an act of recognition of his title to the land. The Judge considered the possessor's conduct to be unfair because the latter knew that an act of recognition by the owner requires the owner's knowledge of adverse possession to be valid. So the adverse possessor was artfully silent.

24. In another case, the Court of *Cassazione* dealt with a controversy between the Minister of the Economy and some citizens<sup>24</sup> about a plot of land acquired by the State through expropriation, in or-

<sup>21</sup> *Ex multis*, Cass. Civ., II, 30-05-2016, n. 11158, www.dejure.it.

<sup>22</sup> *Tribunale* of Camerino, judgment, 7-11-2007, unreported.

<sup>23</sup> *Ibidem*: "Why did the possessor make an offer to acquire land already acquired by usucapion? Why was he silent about usucapion and why did he try to negotiate the purchase?"

<sup>24</sup> Cass. Civ., II, 19-01-2018, n. 1363, www.dejure.it.

der to build a rainwater collection system. The work, however, never started and the citizens built houses on the land. The heirs of the builders, after many years, sued the Minister of the Economy and claimed recognition of their property rights on the plots of land, acquired by usucapion.

The Minister of the economy challenged the citizens' request to the competent public office for permission to build on the land. In doing so, they implicitly recognised the public ownership. Therefore, they renounced benefitting from the favourable effects of usucapion.

The Court of *Cassazione*, by adhering to this thesis, identified a tacit renunciation of the benefit from usucapion in the citizens' request for authorization to build.

**25.** In another similar case, the Court of *Cassazione* explained: "The renunciation, by an adverse possessor of a plot of land, of the favourable effects of the passage of time is not equivalent to a renunciation of an acquired real right [...]. Conversely, it leaves the right of the registered owner unaltered, as it amounts to a refusal to claim judicial protection for adverse possession, prolonged for the time established by law"<sup>25</sup>.

**26.** The same rule is applied to other rights *in rem* on immovable property, such as easements. So, a holder of a right of easement may renounce the enforcement of his/her right. For example, in a case decided by the Court of *Cassazione*<sup>26</sup>, the plaintiff G sued the neighbouring landowner in order to enforce a right of easement, acquired by usucapion. The defendant moved in opposition that G had acquired his plot of land from a diocesan Institute and, before the purchase, the Institute had renounced benefitting from usucapion in a written communication, delivered to the defendant. G did not know about the renunciation by the previous owner of the land and he argued that the renunciation was not opposable against him. Conversely, the Court of *Cassazione* stated: "[...] the written renunciation of the usucapion of an easement by the owner of the dominant tenement [...] is relevant *ex se*, and its effects do not depend on the communication of the renunciation to the purchaser of the dominant tenement or to the registration of the right"<sup>27</sup>.

**27.** Similar judicial decisions raised a wide debate among scholars, due to the difficulty of aligning the interpretation of case law to the legislation on usucapion, according to which original acquisition is based on possession (Art. 1158 c.c.). Then, the effects deriving from the renunciation of the enforcement of a real right give rise to a set of difficult questions. According to most case law, the renunciation of enforcement of usucapion is not opposable against a 'true' third party with respect to the possessor who matured the right. However, a universal successor and a purchaser from the possessor are not considered "third parties" by the courts<sup>28</sup>. As a result, the object of the renunciation is a personal right to judicial protection, but the renunciation has an external relevance since it is opposable against the purchasers from the possessor.

**28.** Case law regarding renunciation of enforcement of a property right acquired by usucapion is echoed in other judicial decisions, where the courts rejected the action of a plaintiff, raised in contradiction to his/her own previous conduct. In one case<sup>29</sup>, a Bank was the creditor of a company, and Mr. AG had provided a guarantee. The guarantor performed the obligation and wanted to take over the

<sup>25</sup> Cass. Civ., II, 10-04-2019, n. 10056, [www.dejure.it](http://www.dejure.it): "[...] la rinuncia agli effetti positivi del decorso del tempo da parte del possessore di un bene immobile altrui non equivale alla rinuncia al diritto di proprietà già acquisito [...] ma conserva inalterato il diritto di proprietà del precedente titolare, attraverso il rifiuto di far valere la tutela giuridica concessa nei confronti del possesso ininterrotto protratto per il periodo di tempo previsto dalla legge" [my translation].

<sup>26</sup> Cass. Civ., II, 30-05-2016, n. 11158, cit., on the same issue v. the comment by S. NARDI, "Rinuncia all'usucapione - profili in tema di vicende possessorie, tra accessione e rinuncia all'usucapione della servitù", *Giurisprudenza Italiana*, vol. 3, 2017, pp. 615-622.

<sup>27</sup> Cass. Civ., II, 30-05-2016, n. 11158, cit.: "[...] la rinuncia per iscritto all'usucapione della servitù di passaggio fatta dal proprietario del fondo dominante [...] rileva di per sé, non potendo la sua efficacia negoziale essere fatta dipendere né dall'avvenuta comunicazione al successivo acquirente [...] né dall'osservanza dell'onere della trascrizione".

<sup>28</sup> In these terms Cass. Civ., II, 14-12-2018, n. 32390, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>29</sup> Court of Appeal of Florence, 29-08-2016, n. 1370, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

credit against the debtor. According to Italian law, the guarantor, who performs the obligation of the debtor, has a right of subrogation to the mortgage (Art. 1203 c.c.). Art. 2843 c.c. provides that the subrogation is opposable to third parties after its annotation in the land registry. In this case, the guarantor waited three years before annotating the subrogation. In the meantime, the debtor asked the Bank to cancel the mortgage and the latter gave its consent. After that, the guarantor sued the Bank and the debtor, and he claimed payment of the debt. The Court of Appeal of Florence rejected the action stating: “[...] the unjustified omissive behaviour on the part of the guarantor [of annotation for three years] implied his assumption of the risk of cancellation of the mortgage by virtue of the full discharge of the original debt”<sup>30</sup>. The Court of *Cassazione* confirmed the decision<sup>31</sup>. The Court added: “The unjustified acquiescence, for a long time, could be potentially interpreted as an implicit renunciation to enforce the right of mortgage”<sup>32</sup>.

In conclusion, the debtor may estop the judicial action of the creditor, for the exercise of a right of mortgage, if the action is brought to challenge a state of acquiescence, protracted for a long time.

#### IV. The promise to perform an informal fiduciary contract

**29.** In the Italian system, the transfer of rights on immovable properties needs to be in written form (Art. 1350 c.c.). The requirement of the written form constitutes a special rule and it applies to all contracts for the transfer of real rights on immovables or for contracts giving rise to an obligation to transfer real rights on immovables<sup>33</sup>. A case in point is the preliminary contract, regulated by Art. 1351 c.c., according to which the preliminary contract is void if it does not respect the formal legal requirement for the definitive contract to be valid.

**30.** Traditional case law establishes that Art. 1350 c.c. is applicable to a fiduciary agreement regarding an immovable property<sup>34</sup>. On the basis of the latter, a fiduciary is obliged to transfer an immovable property to a fiduciant, the property has been acquired thanks to the money of the latter. Therefore, an oral fiduciary agreement regarding an immovable property is void and the promise made by the fiduciary to transfer back the property right is unenforceable.

**31.** Nevertheless, a part of case law also ascribes legal effect to a unilateral promise by a fiduciary to transfer back a property right, made in execution of an informal fiduciary agreement between the parties.

**32.** This interpretation was followed by a decision of the Court of *Cassazione* in 2014<sup>35</sup>. The controversy was between spouses who had concluded an oral fiduciary contract. On the basis of the contract, the wife purchased four flats, with her husband’s money, which she was obliged to be transferred back to her spouse on request. Some years later, the wife recognised, in a written declaration, that the immovable properties really belonged to her husband and she promised to transfer back the properties. The wife, however, did not keep her promise and the husband sued the court for the specific performance of his wife’s obligation. The case was brought before the Court of *Cassazione*. The Court established that the informal fiduciary agreement and the unilateral promise by the wife constituted two parts of a single

<sup>30</sup> *Ibidem*, the Court of Appeal underlined that the creditor waited three years before annotating the subrogation: “[...] adottando, così, un ingiustificato comportamento omissivo che comportava (...) l’assunzione da parte del medesimo del rischio di cancellazione delle ipoteche in forza dell’estinzione totale del credito del creditore originario”. [my translation].

<sup>31</sup> Cass. Civ., III, 09-05-2019, n. 12252, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>32</sup> *Ibidem*: “[...] l’inerzia ingiustificata e protratta nel tempo, da parte di quest’ultimo, [può] essere ‘potenzialmente interpretata e valutata alla stregua di una rinuncia implicita alla garanzia ipotecaria’”.

<sup>33</sup> Written form is required for the validity of a set of contracts, established by art. 1350 c.c. and by special legislation. Cf. recently Cass. Civ., II, 09-12-2019, n. 32108, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>34</sup> *Ex multis* v. Cass. Civ., II, 18-10-1988, n. 5663, [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Civ., II, 29-05-1993, n. 6024, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>35</sup> Cass. Civ., III, 15-05-2014, n. 10633, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

transaction, based on a fiduciary cause. Indeed, the declaration made by the wife was, partially, an act of recognition of her husband's right and it was, partially, a promise to transfer the properties acquired.

The Court stated: "The promise to transfer, based on an oral *pactum fiducie*, between the spouses, has its autonomous source of law in the written declaration of the wife [...], and it constitutes a unilateral recognition of the previous fiduciary contract [...], and, clearly expresses the present obligation of the wife"<sup>36</sup>.

In conclusion, the Court protected the reliance of the husband on his wife's promise by granting specific performance.

**33.** Some scholars have criticised the decision of the Court of *Cassazione*<sup>37</sup>, arguing that it contradicted some undisputed principles of Italian private law such as the requirement of the written form for the contract to be valid, which constitutes, modifies, extinguishes and transfers real rights on immovable properties, the principle of *numerus clausus* of real rights, the unenforceability of atypical promises to transfer a property right to someone else<sup>38</sup>.

**34.** In fact, the decision of the Court of *Cassazione* is not an isolated case, but it echoes other judicial decisions where the courts enforced a unilateral promise to transfer a real right to someone else, in order to protect the promisee's reliance. In such cases, the courts adapted the traditional interpretation of contract law to make it conform with the protection of reasonable reliance. For example, the courts interpreted the claim of the promisee for performance of the promisor's obligation as an acceptance; therefore they construed the promise as an offer and the judicial action as an acceptance, thus concluding a binding contract<sup>39</sup>.

**35.** The Court of *Cassazione*<sup>40</sup>, in the case mentioned above, recognised such an interpretation as artificial and it established that a unilateral promise "expressed clearly and intended as binding" is, in fact, binding.

**36.** More recently, the Court of *Cassazione*, sitting in plenary session, stated that informal fiduciary contracts are enforceable<sup>41</sup>. The case concerned the question of the validity of a unilateral promise through which a fiduciary is obliged to transfer back property rights to a fiduciant, acquired thanks to the money of the latter. The plenary session stated that a unilateral promise to perform an informal fiduciary agreement is enforceable: the judge may grant specific performance in the case of lack of performance by the promisor. This conclusion was achieved by comparing the fiduciary agreement with a mandate granted without representation. A fiduciary contract for the purchase of property rights on immovables does not have to be in writing for it to be valid. Indeed, a fiduciary contract, like a contract of mandate,

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> A. GENTILI, "La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare", *Corriere Giuridico*, 2019, vol. 12, pp. 1475-1494.

<sup>38</sup> In Italian law, unilateral promises are enforceable only in the cases established by legislation (Art. 1987 c.c.). Some scholars, however, admit the enforceability of atypical unilateral promises. The main argument in favour of the thesis is based on the interpretation of Art. 1333 c.c. The article provides that an offer for the purpose of forming a contract that creates obligation only for the offeror is irrevocable as soon as it comes to the knowledge of the party to whom it is directed. Cf. *ex multis* G. CASTIGLIA, "Promesse unilaterali atipiche", *Riv. dir. com.*, 1983, I, p. 331 ff.; A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, *Trattato di diritto privato*, directed by P. Rescigno, Torino, 1984, vol. 9, p. 629 ff.; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, *Il Codice civile commentato*, directed by P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 1 ff., in comparative perspective see G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, Jovene, 1995, *passim*; P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività della promessa*, Bari, Casucci, 2009, p. 144 ff.; and in English ID., *Promissory estoppel*, in PG. Monateri (ed.), *Contract law*, Cheltenham, Elgar, 2017, p. 469 ff., at 496. Yet in the last century the thesis was accepted by part of the case law, see Cass Civ., II, 14-11-1994, n. 9562, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, p. 1920, with comment by A. GIANOLA, "Verso il riconoscimento della promessa atipica, informale, gratuita, ma interessata".

<sup>39</sup> Cass. Civ., II, 24-04-1990, n. 3440, [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Civ., II, 05-06-2003, n. 8983, [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Civ., II, 01-04-2003, n. 4886, *Corriere Giuridico*, 2003, vol. 8, p. 1041 with comment by V. MARICONDA, "Una decisione della Cassazione 'a critica libera' sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili".

<sup>40</sup> Cass. Civ., III, 15-05-2014, n. 10633, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>41</sup> Cass. Civ., plenary session, 06-03-2020, n. 6459, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

is an obligatory contract and is enforceable between the parties. The written promise by the fiduciary to transfer back the acquired properties is a promise to pay and its effect is to reverse the burden of proof: so, the presence of a fiduciary contract is presumed and the fiduciant is not required to give evidence of its conclusion (art. 1988 c.c.).

37. Finally, the Court recognises the validity of an oral fiduciary contract for the purchase of real rights over land. Such a contract gives rise to an obligation of the fiduciary, who must transfer back the property. A unilateral promise to transfer the property to the fiduciant, made by the fiduciary, is not the source of the obligation to transfer, as is the contract. The court may grant specific performance to enforce such a contract.

## V. Confirmation of oral wills or donations

38. Italian law regulates the confirmation of void wills in Art. 590 c.c., according to which a person is prevented from challenging a will if, having been informed about the invalidity of the will, nonetheless he/she confirms the will or executes it, after the testator's death<sup>42</sup>. Confirmation of the will does not make it valid, but it simply precludes the person who confirmed from acting in contradiction to his/her previous confirmation. Art. 799 c.c., in the same way, provides confirmation of the invalid donation by the heirs or the purchasers from the donor.

39. These articles introduce an exception to the general prohibition to confirm void contracts or juridical acts and they find a precedent in Art. 1311 of the abrogated 1865 civil code. The latter stated that the confirmation, ratification or voluntary execution of a testamentary disposition (or of a donation) by the heirs, after the testator's death, implied their renunciation of challenging any defects of form or any other exception<sup>43</sup>.

40. When the code of 1865 was in force, scholars pointed out the difficulty of reconciling Art. 1311 with the principle according to which a void act or contract, due to a lack of formal elements, cannot be validated. So, some authors referred to a "mysterious riddle formulated by legislators"<sup>44</sup> and they underlined the contradiction between the two rules<sup>45</sup>.

41. In reality, Art. 1311 was the legacy of a doctrine applied by the courts of France and of pre-unitary States during the 19<sup>th</sup> century, according to which the heir could not *venire contra factum proprium* and he/she could not challenge a will in contradiction to his/her previous confirmation of the testator's dispositions<sup>46</sup>. In the 19<sup>th</sup> century, the Court of *Cassazione* recognised the equitable nature of that rule and it established that: "Art. 1311 constitutes an exception to the system, suggested by equity"<sup>47</sup>.

42. The debate about the nature of the confirmation of wills and donations remained open even after the entry into force of the civil code of 1942<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> For a general account, in comparative perspective, cf. A. BRAUN, "Testamentary formality in Italy", in K.G. Creid/M.G. Dewall/R. Zimmermann (eds.), *Comparative succession law*, vol. 1, *testamentary formality*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 139.

<sup>43</sup> Art. 1311 civil code of 1865: "La conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa del testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinuncia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione".

<sup>44</sup> L. BARASSI, "Nota a sentenza della Cassazione di Napoli, 14 dicembre 1908", *Il Foro Italiano*, 1909, c. 710.

<sup>45</sup> N. DE CRESCENZO, *La dottrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma*, Napoli, Tipografia della Regia Università di Napoli, 1885, p. 2.

<sup>46</sup> Cf. F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, Cedam, 1971, p. 73 ff.

<sup>47</sup> Cass. Civ., 16-05-2941, n. 1476, *Il Foro Italiano*, 1941, I, c. 1036.

<sup>48</sup> V. L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 165 ff.; G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, Cedam, 1953, *passim*.

One of the thorniest questions concerns the tacit confirmation of an oral will or donation by the heirs or the purchasers from the donor. Decisions by the courts on the matter are rare, but they sustain the application of Art. 590 c.c. and of Art. 799 c.c. in the case of an oral will or donation.

43. So, for example, Art. 590 c.c. was applied by the *Tribunale* of Naples in a decidedly singular case concerning the confirmation of a father's oral will by his two daughters<sup>49</sup>.

The facts of the case were as follows: in a family made up of a father, a mother and two daughters, the father was the owner of three flats and the mother of one flat. The father died intestate. The heirs, who wanted to carry out their father's wish to divide the entire assets of the family into equal parts between the daughters, decided to draw up a false will. The older daughter wrote the will, leaving two flats to herself and one flat to her sister. Then, the heirs (mother and daughters) decided, together, not to challenge the will, but they wrote a document in which the mother promised to bequeath her flat to her younger daughter, in order to settle scores between the sisters. However, the mother did not keep her word and after some years she sold the flat. Therefore, the younger daughter sued the mother and the sister, invoking the voidness of her father's will and claiming restitution of the assets corresponding to her legitimate portion.

44. The Court rejected the action of the plaintiff. In fact, the parties knew the apocryphal nature of the will, but they admitted full correspondence between the false will and the oral will expressed by the father, during his life. Moreover, both the sisters had executed the testamentary dispositions and they had registered the purchase of the flats by succession in the land registry. Thus – affirmed the Court – they had tacitly confirmed the oral will of the father.

45. In a recent decision, the Court of *Cassazione* dealt with the issue of confirmation of an oral donation. The controversy concerned a promise made by a man before dying. This man decided to leave a significant sum of money to his partner, who had taken care of him during a serious illness in the last years of his life. So, the case was not about real rights on immovable properties; it does, however, give an important indication regarding the enforceability of bare promises of donation.

46. The facts were as follows: Mrs V sued the brothers of the deceased partner (the heirs), arguing that the partner had promised to donate the sum of 120,000 Euros to her and claiming performance of such a promise. In fact, the heirs paid part of the sum to the plaintiff, after the man's death, but then they refused to perform the other part.

47. The Court of Appeal of Turin ordered the heirs to perform the oral donation made by the *de cuius* during his life.

From the facts of the case, it emerges that on the evening of the donor's death, in the mortuary room, a cousin of the *de cuius* spoke to the heirs, and she told them that their dear departed brother had promised the sum of 120,000 Euros to Mrs V. The cousin had known about the promise from the donor himself and she begged the heirs to honour their deceased brother's promise. The heirs then commissioned a financial advisor to pay part of the sum to the plaintiff. After some time, the plaintiff asked the heir for payment of the residual sum. The heirs answered in a letter, stating: "We are under no obligation to pay you even the smallest amount, as our dear departed brother Giuseppe did not dispose in your favour [...] however, as we are people who keep our word, we reiterate that we shall keep our word to pay the sum, that we freely decided to pay to you, within one year of Giuseppe's death"<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> *Tribunale* of Naples, 30-06-2009, *Giurisprudenza di Merito*, 2010, vol. 12, p. 3010 ff., with the comment of M. DI MARZIO, "Accordo tra coniugi sulla destinazione *post mortem* dei beni".

<sup>50</sup> Court of Appeal of Turin, 13-05-2013, unreported: "[...] non sussisteva, in capo nostro, alcun obbligo di riconoscerTi la benché minima somma, non avendo il, da noi compianto, Giuseppe lasciato alcuna disposizione in tal senso". Aggiungevano: "[...] essendo persone di parola non possiamo che ribadirTi che onoreremo [...] la nostra parola rimettendoti il saldo di quanto abbiamo voluto liberamente riconoscerTi entro un anno dalla morte di Giuseppe".

The Court of Appeal stated that “there was an oral agreement of donation” between the *de cuius* and Mrs V. The letter written by the heirs gave evidence of their knowledge of the voidness of the oral promise by the donor and their intention to confirm the donation.

48. The Court of *Cassazione* confirmed the decision of the Court of Appeal stating that Art. 799 c.c. was applicable to oral agreements of donation<sup>51</sup>.

49. The confirmation presumes the presence, at least, of an agreement (of donation) between the parties. Conversely, a bare promise to donate is not confirmable.

50. In this case the *de cuius* promised to donate rather than concluding an oral contract of donation, but the Court of Appeal qualified the facts as an agreement (consisting of a promise by the donor and a tacit acceptance by the promisee). The Court of *Cassazione* does not decide about the facts of a case. As a result, the determination of the facts by the Court of Appeal was decisive for the application of Art. 799 c.c. and for the success of the plaintiff.

## VI. Unilateral promises, informal agreements, and reliance protection against unfair conduct: an Italian version of estoppel

51. The judicial decisions analysed in the previous paragraphs regard different cases and rules, concerning the principle of accession, original acquisition by usucapion, succession law and obligatory contracts. The Italian courts solve these cases by applying various rules and remedies: renunciation, recognition of a right, confirmation of a void will or donation, and specific performance (Art. 2932 c.c.).

52. One important question is whether there is a *fil rouge* linking these judicial decisions.

From this perspective, one may generally observe that all these cases are characterised by the fact that the title-owner is estopped from asserting his/her property right before a court, in contradiction with his/her previous promise, conduct or even tolerance of a state of facts. Thus, the courts held that the declarations or the conduct of the title-owner constitute an unequivocal expression of his/her will, which is legally binding. Therefore, the obligation of the title-owner and the prohibition to *venire contra factum proprium* depend on the expression of his/her will<sup>52</sup>.

53. However, a careful reading of the facts and of the reasons for the judgments also suggests another explanation of these judicial decisions.

Thus, in the judgment of the Court of *Cassazione* concerning the exercise of *ius tollendi* mentioned above, the Court draws a similarity between implicit consent and a state of tolerance by the landowner, and it establishes: “[...] bare acquiescence prevents the exercise of the right by the title-owner”<sup>53</sup>. The Court adds that the exercise of a *ius tollendi* is to be read together with the principle of tolerance. In this way, the Court makes a shift from the will of the landowner (implicitly expressed) to the reliance of the third builder: acquiescence, prolonged for a long time, prevents the owner from exercising his/her right because – the Court literally states – “[...] tolerance induces the builder to rely on the owner’s implicit consent”<sup>54</sup>. What is important, then, is not so much the will of the landowner, but the reasonable understanding of the third builder, on the basis of tolerance by the landowner.

<sup>51</sup> Cass. Civ., II, 12-04-2018, n. 9091, [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

<sup>52</sup> The theory of will still influences the interpretation of law in the Italian system and other civil law jurisdictions. The basic idea is that a person’s will is the source of obligation and the law acts upon this will. On the issue cf. G. GORLA, *Il contratto*, vol. I, *Lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 77.

<sup>53</sup> Cass. Civ., plenary session, 16-02-2018, n. 3873, cit.: “[...] per la medesima ragione anche la mera tolleranza [...] preclude l’esercizio del diritto (del proprietario)” [my translation].

<sup>54</sup> *Ibidem*: “[...] fa sorgere l’affidamento del costruttore sul sopravvenuto consenso implicito”.

**54.** In the cases regarding the original acquisition by usucapion, likewise, the courts apply the institute of tacit renunciation or implicit renunciation to reject the action of an original purchaser who wants to enforce the right acquired by usucapion.

**55.** The interpretation of the intention of the original purchaser is a question of fact and the Court of *Cassazione* does not decide on the matter. The analysis of the judgments delivered by the *Tribunali* and the Courts of Appeal, therefore, is very important for understanding the circumstances, on the basis of which, a judge may identify a will to renounce enforcing a right<sup>55</sup>.

**56.** The investigation described in this paper shows some facts that are relevant to the judges of first and second instances. For example, the *Tribunale* of Camerino, in the decision on usucapion, identified the intention of the original purchaser to renounce the judicial action in his unfair conduct against the registered owner. In the decision, the Judge insisted on the presence of unfair behaviour by the adverse possessor, with the aim of misleading the title-owner. Thus, the attention of the Court was focused on the position of the owner and evaluated what he should have reasonably understood.

**57.** Gino Gorla, a true founding father of modern comparative law in Italy<sup>56</sup>, explained this mechanism very clearly in his works: “The legal obligation does not derive from actual will, but rather from what [the plaintiff] wanted, or better from a complex set of circumstances, including the reliance of the promisee”<sup>57</sup>.

**58.** A similar consideration may be made with regard to the aforementioned cases concerning the confirmation of oral wills or donations<sup>58</sup>. The effects of confirmation have been long debated by Italian scholars, some affirming that confirmation validates will or donation<sup>59</sup>, others establishing that confirmation is a renewal of the juridical act or contract<sup>60</sup>, others considering confirmation as a performance of a natural obligation<sup>61</sup>, others again arguing that confirmation has only procedural effects<sup>62</sup>.

**59.** The aim of this paper is not to analyse the different theses regarding confirmation. I simply wish to underline that the courts apply the rule of confirmation in order to protect innocent reliance by an untitled defendant, rather than to impose consistent conduct by a titled plaintiff. Along these lines, bare promises, conduct or declarations by the right holder have legal relevance because they “cause the untitled person to hope”<sup>63</sup> rather than because they reveal the intention of the right holder to be legally

<sup>55</sup> Cf. G. GORLA, “Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze”, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 301., according to whom the investigation of the concrete facts of the case is important to understand the decision of the judge. In the Italian system, however, reports often do not describe the facts of cases and the reasons for judgments are presented as an abstract rule, rather than as a concrete rule which is applicable to the case. On this issue there is extensive literature, in English cf. J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1968, p. 376 ff.; G. GORLA, “Civilian Judicial Decisions. An Historical Account of Italian Style”, *Tulane Law Review*, 1970, vol. 44, p. 470 ff.

<sup>56</sup> E. Grande, “Development of Comparative Law in Italy”, in M. Reimann/R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2d. ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, ch. 4. The A. quotes the Cornell Common Core Project, see R. B. Schlesinger (ed.), *Formation of contracts. A Study in the Common Core of Legal Systems*, 1968.

<sup>57</sup> G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 79: “Non al volere è collegato dalla legge il vincolo, ma al voluto, e non a questo soltanto, ma ad una ben più complessa situazione, ivi compreso l’affidamento del promissario [...]” [my traslation].

<sup>58</sup> There is extensive bibliography on the issue, *ex multis* cf. G. BATTISTA FERRI, “Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico”, in *Dig. It, Disc. Priv.*, vol. III, Torino, 1989, p. 355 ff.

<sup>59</sup> Cf. G. PASETTI, *op. cit.*, p. 53 ff.

<sup>60</sup> A. ROCCO, “La convalescenza dei negozi giuridici e l’art. 137 cod. di comm.”, *Studi di diritto commerciale ed altri studi giuridici*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1933, vol. I, p. 343 ff.

<sup>61</sup> Cf. E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, Zanichelli, 1920, vol. 1, p. 15 ff.

<sup>62</sup> Cf. G. PASETTI, *ult. op. cit.*, p. 179; v. also F. GAZZONI, “Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1968, p. 313 ff.

<sup>63</sup> In similar terms, L. MOCCIA, “Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi)”, *Rivista di Diritto Civile*, 1994, p. 851, who explains that the ambivalent relationship between promise and contract also determines an ambivalence in the meaning of promise (as *se obligare* or as *fidem dare*).

bound. *Mutatis mutandis*, in the cases concerning informal fiduciary contracts, the courts protect the fiduciant's reliance by recognising the legal effect of the promise of the fiduciary.

**60.** Finally, conduct, declarations or even acquiescence or tolerance of the right holder, analysed against the background of the relationship between the parties and taking account of other circumstances, which indicate a reliance by the third party, constitute the basis of a contractual obligation.

**61.** One may ask whether the protection of the reliant third party may lead, in some circumstances, to recognising real effects deriving from the application of the principle of *venire contra factum proprium nemo potest*. It is well known that, in the common law tradition, and, in particular, in the English system, proprietary estoppel could also be the source of a property right or interest, protected by real actions. As already mentioned in the premise of this paper, the same effect is precluded in Italian law by a set of principles and rules, according to which, on the one hand, the property owner has discretion in the enjoyment of his/her right; on the other hand, the production of real effects derives only from the respect of the legally established requirements.

**62.** The courts apply these rules in the judgments that have been analysed. For example, in the case mentioned in paragraph two, the titled-owner is prevented from exercising the *ius tollendi* against the builder, but the purchaser from the title-owner is not. The builder cannot oppose any title against the latter. One may wonder if the purchaser from the titled-owner, who knew the building of the third before he/she bought and made acquiescence, could exercise the *ius tollendi* against the builder or, conversely, if the builder may oppose against the exercise of the *ius tollendi*.

**63.** A similar question arises with regard to the renunciation of usucapion enforcement. As already mentioned, in this case, the object of renunciation is the judicial action rather than the real right. For this reason, the renunciation could be oral or implicit in the behaviour of the right holder. Consequently, it is not opposable against third parties. Nevertheless, the renunciation may assume an external importance in some cases: indeed, the reasons of the registered owner and his/her purchasers will prevail over those of the adverse possessor (who renounced) and over those of his/her purchasers<sup>64</sup>.

**64.** In the case about the confirmation of an oral donation, analysed in paragraph five, the Court of *Cassazione* applied Art. 799 to a unilateral promise. In this way, a bare promise by the donor is confirmed and executed, in the absence of the formal requirement established by Italian law for a donation to be valid (art. 782 c.c.).

**65.** Finally, the cases regarding fiduciary contracts show that specific performance is also granted by the courts for the performance of an obligation to transfer a property right, arising from an informal fiduciary contract.

**66.** Trying to draw some conclusive remarks from the heterogeneous case law investigated, unilateral promises, informal agreements and unfair conduct inducing reliance are construed as contracts and they are legally binding. In these cases, the constitution or transfer of a property right does not take place, as the legal requirements are missing, and the contracts give rise to personal rights. In some cases, the courts grant specific performance to the enforcement of such personal rights. In some exceptional cases, the obligation imposed on the right holder, for the protection of the third party's reliance, is enforceable even against his/her purchasers. Anyway, the protection of reliance never constitutes grounds for a proprietary right or interest, opposable *erga omnes*.

---

<sup>64</sup> Cf. R. SACCO/R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 509 ff., who distinguish between a renunciation accompanied by the restitution of possession and an unaccompanied renunciation: in the later case, the renunciation has legal effect between the parties, whereas in the former case, it has an external effect and is irrevocable.

67. The proprietary owner is theoretically free to act in contradiction with his/her previous behaviour. Nevertheless, the courts estop the owner from unfair judicial actions to the detriment of a reliant third party and they adapt the interpretation of legislation to what is fair and just, as required by the case. The maxim *venire contra factum proprium nemo potest* expresses an equitable principle that guides the judge when deciding a case: the legal basis of the judicial decision is legislation, but the maxim recalls the equitable reason that inspires the judicial decision. In so doing, the courts disseminate equity in the law of property.

# EL DERECHO CONTRACTUAL ANTIDISCRIMINATORIO: DRITTWIRKUNG Y LIBERTAD NEGOCIAL

## ANTI-DISCRIMINATION PRIVATE LAW: DRITTWIRKUNG AND FREEDOM OF CONTRACT

INMACULADA VIVAS TESÓN  
*Catedrática de Derecho civil*  
*Universidad de Sevilla*

Recibido: 18.12.2020 / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5976>

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es abordar el estudio de las situaciones discriminatorias en el seno de la contratación privada. La actitud de uno de los contratantes hacia las características personales o sociales del otro (como la raza, el género, la orientación sexual, la nacionalidad, la religión o la condición de salud) puede influir en el ejercicio de la autonomía privada que preside las relaciones contractuales, bien impidiéndole el acceso a bienes y servicios mediante la negativa a contratar o bien imponiéndole condiciones más gravosas que a otra persona con rasgos distintivos diferentes. Se analiza el Derecho contractual antidiscriminatorio europeo y español, así como los mecanismos de tutela ante un trato discriminatorio.

**Palabras clave:** relaciones contractuales, discriminación, mecanismos legales de protección.

**Abstract:** The aim of this paper is to tackle the study of discriminatory situations within private contracting. The attitude of one of the contracting parties towards the personal or social characteristics of the other (such as race, gender, sexual orientation, nationality, religion or health condition) may influence the exercise of the private autonomy that presides over contractual relations, either by preventing the other party from accessing goods and services by refusing to contract or by imposing more onerous conditions on the other party than on a person with different characteristics. European and Spanish anti-discrimination contract law is analysed, as well as the mechanisms of protection against discriminatory treatment.

**Keywords:** contractual relationships, discrimination, legal protective measures.

**Sumario:** I. Igualdad y no discriminación en la contratación privada. II. La constitucionalización del Derecho Privado. III. La *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales. IV. El Derecho contractual antidiscriminatorio. 1. El principio de no discriminación como límite de la libertad contractual. 2. Los mecanismos legales de tutela. 3. El alcance de la prohibición de no discriminación contractual.

---

\* El presente trabajo es resultado del Grupo de Investigación PAIDI SEJ617 “Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado” de la Junta de Andalucía, del Grupo de investigación consolidado “Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos” (DECADE) de la Universidad de Alcalá y del Proyecto de investigación “Determinantes legales y éticos del COVID-19”, de la Universidad de Alcalá.

## I. Igualdad y no discriminación en la contratación privada

1. La no discriminación en la contratación entre particulares es uno de esos temas de Derecho civil<sup>1</sup> que podría considerarse hace tiempo ya totalmente superado. Nada más lejos de la realidad. Es ésta una problemática que nos hemos tomado demasiado a la ligera; precisa de una serena reflexión y de una contundente y eficaz respuesta jurídica.

La supresión de fronteras, las facilidades de los desplazamientos transnacionales y los flujos migratorios han contribuido a que la nuestra sea una sociedad variada, multiétnica y multicultural, una sociedad plural de ciudadanos diversos pero con idénticos derechos. A ello ha de sumarse que la globalización, los avances tecnológicos y la consiguiente digitalización del mercado han hecho surgir nuevas dinámicas (y, cómo no, nuevos problemas jurídicos) en el intercambio de bienes y servicios. Todo ello y recientes intervenciones legislativas invitan a reflexionar acerca de la prohibición de discriminar en las relaciones contractuales entre particulares, lo que, precisamente, motiva estas páginas.

2. Por discriminación contractual<sup>2</sup> podemos entender todo comportamiento de un particular que limite, niegue o haga más gravoso a un sujeto el acceso a bienes y servicios por razón de ciertas circunstancias personales como, entre otras, la etnia, la nacionalidad, la religión, el género, la orientación sexual, la enfermedad o la discapacidad. Tales prejuicios discriminatorios, considerados “factores de riesgo” (unos inherentes a la persona como la raza o el color y otros de elección personal como la religión) y que debieran ser indiferentes al momento de contraer una relación contractual, encasillan a determinadas personas en colectivos desfavorecidos (*disadvantaged groups*) a nivel social y vulneran frontalmente la dignidad humana.

La actitud de uno de los contratantes hacia las características personales o sociales del otro (como la raza, el género, la orientación sexual, la nacionalidad, la religión o la condición de salud) puede influir en el ejercicio de la autonomía privada que preside las relaciones contractuales, bien impidiéndole el acceso a bienes y servicios mediante la negativa a contratar o bien imponiéndole condiciones más gravosas que a otra persona con rasgos distintivos diferentes. De este modo, las situaciones discriminatorias se dan, principalmente, bien en la fase precontractual mediante el rechazo rotundo a concluir el contrato o bien a la hora de determinar el clausulado del mismo, brindando un peor tratamiento respecto de otro sujeto sin una adecuada justificación.

No son infrecuentes, lamentablemente, los casos de discriminación en la contratación de seguros de salud y vida cuando el tomador es una persona con discapacidad (p. ej., con Síndrome de Down,

---

<sup>1</sup> Advertimos desde ya al lector que no nos adentraremos en la discriminación en las relaciones laborales, abordando únicamente la problemática en la contratación civil, si bien es innegable la influencia del Derecho del Trabajo en la materia objeto de estudio.

<sup>2</sup> Acerca de la materia, en la doctrina española podemos destacar, entre otros, S. NAVAS NAVARRO, “Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)”, *ADC*, 2007, pp. 1619 a 1640.

Entre los autores italianos que se han ocupado de la problemática, vid. D. MAFFEIS, “La discriminazione religiosa nel contratto”, *Il Diritto Ecclesiastico*, 2006, I, pp. 55 y ss.; “Libertà contrattuale e divieto di discriminazione”, *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 2008, pp. 401 y ss.; *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007 e “Il Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 161 y ss.; D. LA ROCCA, “Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi”, en BARBERÀ (COORD.), *Il nuovo Diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, pp. 289 y ss.; *Eguaglianza e libertà contrattuale nel Diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; A. GENTILI, “Il principio di non discriminazione nei rapporti civili”, *Riv. crit. Dir. priv.*, 2009, pp. 207 y ss.; B. CHECCINI, “Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell’autonomia privata: spunti per una riflessione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 186 y ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013 e “Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale”, *Riv. Dir. civ.*, 2015, pp. 1387 y ss.; E. NAVARRETTA, “Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto”, *Riv. Dir. civ.*, 2014, pp. 560 ss.; C. ULESSI, “Diritti dei consumatori e normativa antidiscriminatoria”, *Riv. Dir. impr.*, 2015, I, pp. 199 y ss.; S. PRADUROUX, “Il Diritto contrattuale antidiscriminatorio italiano e francese nel quadro delle fonti europee”, *Nuova giur. civ. comm.*, vol. 35, núm. 6, 2019, pp. 1377-1386.

En Alemania, vid. E. PICKER, “Anti-discrimination as a Program of Private Law?”, *German Law Journal*, vol. 4, Núm. 8, 2003, pp. 771-784 y S. LEIBLE y M. SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier-European Law Publishers, München, 2006.

esto es, por el mero hecho de tener un cromosoma más), con VIH<sup>3</sup> o diabetes, sumándose ahora una nueva condición de salud, el Covid-19 (enfermedad por infección por SARS-CoV-2), la cual, muy probablemente, podría transformarse en una circunstancia discriminatoria a la hora de contratar un seguro de personas como el de asistencia sanitaria o vida, lo que no es cuestión baladí dado que, en muchas ocasiones, aquél está vinculado a otro contrato para obtener financiación. Dicha discriminación por parte de la compañía aseguradora puede consistir, como ya hemos apuntado, bien en el rehúse a contratar el seguro o bien en la imposición de condiciones más onerosas o gravosas sin una justificación objetiva, proporcionada y razonable.

A veces, propietarios e inmobiliarias rechazan a un posible inquilino por el mero hecho de tener un nombre o un acento que conduzca a pensar que es extranjero, un hecho discriminatorio por razón de raza u origen. Durante los tratos preliminares por correo electrónico o a través de mensajería instantánea todo va como la seda, pero cuando propietario e interesado en alquilar una vivienda o habitación se encuentran presencialmente bien los rasgos físicos del posible arrendatario evidencian algún factor de riesgo o bien no, pero a la hora de firmar el contrato proporciona sus datos y, por ejemplo, tiene apellidos árabes (y puede que nacionalidad española); entonces, la cosa cambia repentinamente y la xenofobia y el racismo del casero le conducen a no celebrar el contrato.

3. Ahora bien, en la contratación privada, discriminar tal vez no siempre sea ilegal. Según el diccionario de la Real Academia Española, “discriminar” (del latín, *discriminare*) significa “seleccionar excluyendo”. Es lógico que el arrendador, de entre las distintas opciones posibles que se le presenten, elija a quién alquilarle el inmueble en función, por ejemplo, de su solvencia económica. La elección del “buen inquilino” es comprensible y legal, pero no lo es cuando se discrimina a una persona atendándose a su raza, ideología, religión, orientación sexual, condición de salud, etc. De hecho, la segunda acepción de la palabra “discriminar” en el mismo diccionario es “dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.”. Sería, por ejemplo, el caso de no alquilar una vivienda a inmigrantes o negros o bien imponerles condiciones contractuales más gravosas como el pago de la fianza de seis meses por adelantado, cuando la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en su art. 36.1, establece, de forma muy clara, que “a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda”. Ello es, a todas luces, una discriminación odiosa intolerable por su carácter estigmatizador que crea desigualdades sistemáticas derivadas de la categorización social.

4. No son extraños los supuestos de discriminación múltiple en los que el sujeto es estigmatizado por dos o más rasgos odiosos a la vez, por ejemplo, negro y homosexual, mujer y discapacidad.

5. Con ocasión de la crisis mundial provocada por la pandemia del coronavirus que tristemente nos ha tocado vivir, estamos detectando una modalidad particular de conductas discriminatorias, la denominada “discriminación por asociación” (también llamada por vinculación o refleja)<sup>4</sup> a profesionales

---

<sup>3</sup> Dado que con frecuencia suelen utilizarse como términos sinónimos, queremos subrayar la diferencia entre uno y otro: el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) es un retrovirus caracterizado por actuar sobre el sistema inmunitario de los humanos (en concreto, sobre las células CD4 o células T) y no tiene cura pero sí tratamiento, en tanto que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) es la fase más grave de la infección por el VIH, que se caracteriza porque el organismo ya no es capaz de combatir patógenos, por lo que aparecen enfermedades oportunistas que pueden afectar gravemente la salud. Por tanto, siguiendo el tratamiento adecuado, las personas seropositivas pueden mantenerse sanas y no alcanzar nunca la fase de SIDA. Hoy día, según un estudio estadounidense presentado en la XXVII *Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections* (CROI 2020) celebrada en marzo de 2020, las personas con VIH con tratamiento antirretroviral tienen la misma esperanza de vida que las personas no portadoras del virus, pero presentan, en su proceso de envejecimiento, comorbilidades que aparecen antes y que hacen que su calidad de vida fuera inferior a la observada en la población general.

<sup>4</sup> Aplicando la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la famosa Sentencia 17 julio 2008 (TJCE 2008, 176, *asunto C-303/06, Coleman*), nuestro Tribunal Constitucional, en su reciente Sentencia 71/2020, 29 junio (RTC 2020/71), estima un recurso de amparo en el que se alega vulneración del art. 14 de la Constitución española por acto discriminatorio por razón de sexo en relación a un supuesto de discriminación por asociación de una traba-

del ámbito sanitario que trabajan a diario con pacientes con Covid-19, a quienes se “invita” a resolver anticipadamente el contrato de arrendamiento. Al margen de la concreta modalidad arrendaticia pactada y, por consiguiente, de la norma aplicable al mismo (el Código civil o la Ley de Arrendamientos Urbanos), un motivo de salud no puede jamás obligar al arrendatario a abandonar forzosamente la vivienda o la habitación en alquiler. Únicamente el arrendador, y por motivos debidamente acreditados que contravengan la norma o el acuerdo arrendaticio, como el impago de la renta o el incumplimiento de las condiciones voluntariamente estipuladas, como introducir un animal de compañía en el inmueble habiéndose pactado su prohibición, puede instar la resolución del contrato.

**6.** Y por si todo ello fuera poco (que no lo es), clama al cielo que sea el propio legislador quien, guiado por absurdos prejuicios, discrimine a los particulares a la hora de contratar servicios, lo que es de todo punto inadmisibile.

Como muestra un botón: el legislador andaluz, en el art. 19 del Decreto 71/2017, de 13 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea piercing, se ocupa de las posibles complicaciones y contraindicaciones que podrían producir en determinados usuarios de tales técnicas (p. ej. mujeres embarazadas y madres en situación de lactancia, personas con diabetes, con hemofilia, con cardiopatías, portadoras de VIH o de hepatitis B o C, inmunodeprimidas o portadoras de prótesis valvulares, ortopédicas y vasculares), a quienes la persona aplicadora debe informar tanto de forma oral como escrita.

Pues bien, en su apartado 2º, el citado precepto reza así: “2. La persona aplicadora se podrá negar a llevar a cabo la aplicación de las técnicas de tatuaje, micropigmentación o perforación cutánea piercing, a la vista de las contraindicaciones que pudiera presentar la aplicación de dichas técnicas respecto a una determinada persona que quisiera ser usuaria de las mismas”. Dicho de otro modo, la persona aplicadora encuentra amparo legal para denegar un servicio, por ejemplo, a una persona con VIH, en lugar de haberse previsto por parte del legislador algo tan sencillo como la obligación de utilizar para la realización de tales técnicas material esterilizado desechable. Nos cuesta mucho entender cómo esta norma discriminatoria, tras la cual existe un profundo desconocimiento de algunas enfermedades además de una nula sensibilidad, forma parte, a día de hoy, de nuestro ordenamiento jurídico. Sobra decir que la persona usuaria a la que se le deniega la prestación consistente en la relación de un tatuaje o un piercing, pese al daño del estigma o discriminación que reporta ella y su entorno, nada podrá hacer ante una discriminación arbitraria pero, sorprendentemente, legal. A nuestro juicio esta norma (y no es la única) debería ser expulsada de nuestro Ordenamiento jurídico.

**7.** En la práctica, son escasas las ocasiones en que este tipo de conductas discriminatorias en el ámbito de las relaciones contractuales que permiten el acceso y suministro de bienes y servicios dan lugar a pronunciamientos judiciales, sobre todo, por su dificultad probatoria. Sin embargo, ello no quiere decir que no existan.

**8.** Ciertamente es que la penetración de la prohibición de discriminar en el Derecho contractual como límite de la autonomía privada podría suponer un vaciamiento sustancial de la libertad de pactar con quien se desee reconocida en el art. 1255 del Código civil (en adelante, C.c.), principio basilar del tráfico jurídico-privado, tanto del nacional como del comunitario, y, sin duda, un valor a proteger. Se trata de un área del Derecho civil en el que suele hablarse de libertad, razón por la cual las injerencias e imposiciones no son bienvenidas. La igualdad en la contratación privada no existe; es más, muchos son los supuestos contractuales en los que existe una clara desigualdad entre los contratantes.

---

jadora con vínculo estatutario fijo como enfermera de un hospital dependiente del Servicio Vasco de Salud, quien tras solicitar el disfrute de un permiso de dos días de duración por la hospitalización de su hermana por razón de parto, le fue denegada la licencia solicitada por entenderse que no tenía derecho a la misma al tratarse de una hospitalización por razón de parto. Según el Tribunal Constitucional, “es pertinente tener en consideración que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han admitido que se incurre en discriminación refleja cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio”.

Es evidente que una sociedad democrática avanzada (según el art. 1.1 de la CE, “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”), por tanto, plena e inclusiva, no debe consentir la discriminación y consiguiente estigmatización de las personas que la integran: todos somos ciudadanos plenos e iguales en derechos y así debemos ser tratados, sin excepción, en todos los ámbitos vitales.

Por ello, hoy día, en desarrollo del art. 14 de nuestra Constitución (en adelante CE)<sup>5</sup> y al derecho a no ser discriminado que consagra (“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), existe un Derecho antidiscriminatorio, esto es, mecanismos de protección contra la discriminación, si bien, como bien puede intuir el lector, tales remedios no son suficientemente disuasorios y mucho menos en el Derecho privado.

## II. La constitucionalización del Derecho privado

9. El art. 1 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 dispone que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

Es innegable que los valores de la libertad e igualdad<sup>6</sup> hunden sus raíces en la dignidad humana, fundamento de los derechos humanos y del sistema democrático. La íntima conexión entre libertad, igualdad y dignidad humana, un *pack* esencial e inescindible, se detecta, con suma claridad, en el art. 1 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948, el cual dispone que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La persona, en su dimensión individual, es libre y, en su dimensión relacional, es igual a los demás<sup>7</sup>.

El binomio libertad-igualdad se remonta, como es sabido, a la Revolución francesa, esto es, a los cimientos de la Edad moderna, entroncando directamente con la idea de justicia. Ello nos permite evocar los tres clásicos principios del Derecho (*tre iura praecepta*) formulados por Ulpiano: *honeste vivere* (vivir honestamente), *alterum non laedere* (no hacer daño a otro), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo). Son estas tres máximas las que deben regir en todo momento las relaciones jurídicas y, por cuanto aquí nos interesa, las entabladas entre particulares.

10. Acerca del derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 de la CE, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 200/2001, 4 octubre<sup>8</sup>, nos recuerda su reiterada doctrina, la cual se remonta a los años 80<sup>9</sup>, del siguiente modo: “el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a ob-

<sup>5</sup> Repárese en que el art. 14 CE, en línea con algunos Instrumentos internacionales como la Declaración Universal de derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales o el Convenio europeo de derechos humanos, contiene una cláusula abierta y flexible al disponer que no puede prevalecer ninguna discriminación “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, lo que permite una mayor adaptación a la aparición de nuevas causas discriminatorias a tenor de los cambios sociales y económicos.

De este modo, entre los factores de riesgo mencionados en el art. 14 CE no se encuentra la enfermedad y, sin embargo, la STC 62/2008, 26 mayo (RTC 2008\62), en relación a un despido por razón de salud, no duda a la hora de considerarla una causa discriminatoria incluida en dicho precepto: “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo” (FJ 6º).

<sup>6</sup> Vid. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995.

<sup>7</sup> Según afirma la STC 200/2001, 4 octubre (RTC 2001, 200), “el juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional” (FJ 4º).

<sup>8</sup> RTC 2001, 200.

<sup>9</sup> SSTC 22/1981, 2 julio (RTC 1981, 22), 34/1981, 10 noviembre (RTC 1981, 34) y 19/1982, 5 mayo (RTC 1982, 19).

tener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, 2 julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CEDH (*RCL* 1999, 1190, 1572), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, 2 julio, F. 3; 49/1982, 14 julio [*RTC* 1982, 49], F. 2; 2/1983, 24 enero [*RTC* 1983, 2], F. 4; 23/1984, 20 febrero [*RTC* 1984, 23], F. 6; 209/1987, 22 diciembre [*RTC* 1987, 209], F. 3; 209/1988, 10 noviembre [*RTC* 1988, 209], F. 6; 20/1991, 31 enero [*RTC* 1991, 20], F. 2; 110/1993, 25 marzo [*RTC* 1993, 110], F. 6; 176/1993, 27 mayo [*RTC* 1993, 176], F. 2; 340/1993, 16 noviembre [*RTC* 1993, 340], F. 4; 117/1998, 2 junio [*RTC* 1998, 117], F. 8, por todas).

Esto así, el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato”.

En su posterior Sentencia 27/2004, 4 marzo<sup>10</sup>, el Tribunal Constitucional afirma que “la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE” (FJ 2º). En esta línea, en su Sentencia 62/2008, 26 mayo<sup>11</sup>, precisa que “lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)”.

Así las cosas, en cuanto al alcance de la igualdad ante la ley, no toda desigualdad es discriminatoria, puesto que es posible una diferencia de trato siempre que se sustente en una justificación objetiva, proporcionada y razonable.

**11.** La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dedica su Título I y los cinco preceptos que lo integran a la dignidad. “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”, afirma en su art. 1, en tanto que en sus arts. 20 a 26<sup>12</sup> reconoce el derecho a la igualdad.

<sup>10</sup> *RTC* 2004\27.

<sup>11</sup> *RTC* 2008\62.

<sup>12</sup> Art. 20: Igualdad ante la ley

“Todas las personas son iguales ante la ley”.

Con anterioridad a su explícita plasmación en el ordenamiento jurídico comunitario de la que más adelante nos ocuparemos, el principio de igualdad se infería a partir de una interpretación sistemática por parte del Tribunal europeo de Justicia de la prohibición de discriminación contenida en los diferentes Tratados. Y así, según reiterada jurisprudencia del citado Tribunal<sup>13</sup>, “el principio general de igualdad de trato, como principio general del Derecho comunitario, 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”.

**12.** Claro lo anterior y sin poder adentrarnos ahora en las profundidades del fenómeno de la “constitucionalización” del Derecho privado, no sólo por motivos de síntesis sino, sobre todo, por las magistrales reflexiones doctrinales vertidas sobre la materia<sup>14</sup>, nos limitamos a afirmar que los mandatos y principios constitucionales impregnan intensamente todo el Derecho civil que, a la vez y paradójicamente, sufre una “desconstitucionalización” al perder el Código el privilegiado valor constitucional que le fue conferido en el siglo XIX. La norma civil ha de ser necesariamente interpretada de acuerdo con los postulados, principios y orientaciones emanados de la Norma Suprema. Ello obliga a una relectura de la legislación civil a la luz de la Constitución, que actúa externamente como límite o barrera de la norma ordinaria. Es preciso, además, lograr una verdadera actuación de los principios constitucionales a través de las normas civiles, de las que aquéllos vendrían a ser como la guía interna; la Constitución y sus principios deben penetrar en el interior mismo del Derecho civil vitalizándolo íntegramente, constituyéndose en la fuerza inspiradora de la aplicación e interpretación de sus normas.

Desde esta perspectiva axiológica nos ocupamos del Derecho contractual antidiscriminatorio, en el cual ha de lograrse la perfecta reconciliación de los principios de libertad e igualdad. No es tarea fácil pero, en el Derecho privado de hoy, como consecuencia de la aplicación de las normas imperativas o de Derecho cogente tanto europeas como nacionales, las cuales determinan la interpretación e integra-

---

Art. 21: No discriminación

“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.

Art. 22: Diversidad cultural, religiosa y lingüística

“La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

Art. 23: Igualdad entre hombres y mujeres

“La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

Art. 24: Derechos del menor

“1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. 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.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

Art. 25: Derechos de las personas mayores

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”.

Art. 26: Integración de las personas discapacitadas

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

<sup>13</sup> Por todas, STJCE (Gran Sala) 16 diciembre de 2008 (TJCE 2008\309), caso *Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros contra Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable y Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

<sup>14</sup> Entre ellas, las de los maestros de nuestra Universidad hispalense, B. CLAVERO SALVADOR, “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”, *Quaderni Fiorentini*, 1989, pp. 79-145, así como A. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación”, en *Centenario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1990, pp. 1163-1176 y *El Derecho civil entre tradición histórica y constitución política*, Navarra, 2016.

ción de los pactos entre particulares (arts. 1255 y 1258 del C.c.), de no ser posible encontrar el deseado equilibrio, éste se rompe en contra de la autonomía contractual, mermandola.

### III. La *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales

13. Como acabamos de ver, nuestra Carta Magna recoge un conjunto de valores con relevancia exegética en el ámbito civil. Conforme a ello, que toda norma deba aplicarse siempre de manera que se maximalice, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales es un recurso hermenéutico a disposición de los Tribunales que se introduce en el art. 3.1 del C.c., un nuevo canon interpretativo que, a diferencia de los enumerados en dicho precepto, es un criterio superior que impone una jerarquía argumental: la interpretación *secundum Constitutionem*.

14. El art. 53.1 de la CE establece la vinculación de los derechos fundamentales en ella reconocidos a todos los poderes públicos. Nada dice, sin embargo, de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y, más concretamente, si el titular de los mismos está protegido únicamente frente a la injerencias de los poderes públicos (relación de subordinación) o también frente a las vulneraciones por parte de otros individuos igualmente titulares de derechos fundamentales (relación de coordinación). Dicho de otro modo, se plantea la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, la archiconocida, con terminología alemana, *Drittwirkung der Grundrechte*<sup>15</sup>, y su consiguiente merma del poder de autorregulación de intereses particulares en que consiste la autonomía privada.

<sup>15</sup> La tesis de la *Drittwirkung* fue elaborada por el iuslaboralista H. C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, Munich, 1961 y seguida por el Tribunal Federal de Trabajo, que él mismo presidió de 1954 a 1963.

En la doctrina alemana, *vid.* G. DÜRIG, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, *Festschrift für Nawiasky*, 1956, pp. 157 y ss.; R. GEIGER, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960; J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971; C-W. CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 184 (1984), pp. 201 y ss.; L. RAISER, *Il compito del Diritto Privato*, trad. it. de Raziadei, Milano, 1990; D. MEDICUS, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht”, *AcP* 192 (1992), pp. 35 y ss.; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; J. AGER, “Grundrechte im Privatrecht”, *JuristenZeitung*, núm. 49, 1994, pp. 373 y ss.; K. HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. e introduc. de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995; I. VON MÜNCH, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en SALVADOR CODERCH (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, pp. 30 y ss.; A. GUCKELBERGER, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, *Juristische Schulung*, 2003, pp. 1151 y ss.; M. BOROWSKI, “La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 45, 2020 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3519474>).

Entre los autores italianos que se han ocupado de la materia citamos, entre otros, P. RESCIGNO, “Il principio di eguaglianza nel Diritto privato”, *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1515 y ss. y “Sul cosiddetto principio d’uguaglianza nel Diritto privato”, *Foro it.*, 1959, cc. 664 y ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2012 e “Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale”, *Riv. Dir. civ.*, 2016, pp. 1387 y ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e «drittwirkung» ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018; A. IANNÌ, “L’incidenza della Costituzione sui rapporti privati. Sul divieto di accesso agli stadi il Bundesverfassungsgericht torna ad arbitrare la partita della Drittwirkung”, *DPCE Online*, v. 36, núm. 3, 2018 (disponible en <http://193.205.23.57/index.php/dpceonline/article/view/565>); A. M. BENEDETTI, “L’autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà (Relazione al Seminario “Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati”, Pavia, 16 maggio 2019)”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, fasc. 4 pp. 827-831.

En la doctrina española cabe destacar, T. QUADRA SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales*, Madrid, 1981; J. GARCÍA TORRES/A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986; P. CRUZ VILLALÓN, “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, *Academia Sevillana del Notariado*, 1988, pp. 97 y ss.; J. F. LÓPEZ-AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, pp. 57-122; P. DE VEGA: “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1994, pp. 41-56 y “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte”, en AGUILAR DE LUQUE (coord.), *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional, Libro Homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo*, Valencia, 2005, pp. 801-822; A. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, *Quaderni Fiorentini*, 1996, pp. 434 y ss. y *El Derecho civil entre tradición histórica y Constitución política*, Cizur menor (Navarra), 2016, pp. 69-92; J. M<sup>a</sup>. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997, “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 147-198 y “La consolidación dogmática y jurisprudencial

Con demasiada frecuencia se esgrime el argumento de la naturaleza privada del sujeto (el lector seguramente estará pensando en el típico cartel en la entrada de algunos establecimientos de ocio abiertos al público en el que puede leerse “queda reservado el derecho de admisión” del que es titular el empresario frente al derecho de acceso del consumidor o usuario) para justificar, con una sedicente legitimidad, situaciones discriminatorias por razón de raza, género, orientación sexual, edad, enfermedad o discapacidad, las cuales conculcan el art. 14 de la CE, que proclama la igualdad de todas las personas y la consiguiente prohibición de discriminación. Lo privado se erige, estratégicamente, en muro o barrera infranqueable frente a cualquier reivindicación paritaria; un refugio para vulnerar derechos fundamentales y, en última instancia, la dignidad de la persona del art. 10 de la CE.

**15.** Pues bien, los derechos fundamentales, ¿inciden en las relaciones entre particulares?; el respeto a dichos derechos constitucionales, ¿funciona como un límite a la autonomía privada reconocida en el art. 1255 del C.c. y, por tanto, como una restricción de libre actuación de los particulares?<sup>16</sup>.

Como bien se sospechará, dar una respuesta a tales interrogantes en relación al ámbito del Derecho de los particulares (diverso sería en la esfera de lo público) es tarea ardua<sup>17</sup>: frente a una posición contraria a la virtualidad de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, existe otra favorable que se inclina por la horizontalidad directa sin mediar ninguna norma interpuesta, en tanto que otros autores consideran que los derechos fundamentales informan el concreto contenido de las cláusulas y principios generales del Derecho privado como la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el orden público (arts. 7.1, 1255 y 1258 del C.c.), conceptos jurídicos abiertos e indeterminados que permiten adecuarse a los continuos cambios sociales.

En nuestra opinión, la superioridad normativa de la Constitución y su potente efecto de irradiación en todo el Ordenamiento jurídico, así como los valores superiores de libertad, justicia e igualdad (formal y material) del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable admitir una cierta operatividad u horizontalidad de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, y, por cuanto ahora nos ocupa, en el ejercicio de la autonomía de los particulares a través del contrato, que no es, desde luego, el mismo a la manifestada en el testamento.

Cierto es que el art. 53 CE sólo menciona a los poderes públicos y no a los ciudadanos, si bien son ambos los destinatarios indiscutibles de su art. 9.1<sup>18</sup>.

---

de la Drittwirkung: una visión de conjunto”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, pp. 43-74; R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000; I. VIVAS TESÓN, “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, en *Bienes de la personalidad*, Murcia, 2008, pp. 205-213; E. VIEIRA JIMÉNEZ DE ONTIVEROS, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva”, *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. II, pp. 419-446.

<sup>16</sup> A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho civil*, Valencia, 2012, p. 315, plantea las siguientes hipótesis: “la de la posible aplicación del principio de igualdad (que, por cierto, es la que, posiblemente, plantee los problemas más agudos en su pretendida extensión a las relaciones de Derecho Privado), tal y como viene formulado por el artículo 14 de la Constitución; a pesar de dicho principio, ¿pueden los estatutos de una asociación deportiva (privada, por definición: artículo 35,2º del Código civil) establecer que no podrán formar parte de ella los individuos pertenecientes a una determinada etnia?; una persona que se dedique al suministro de bienes y servicios, ¿carece de las posibilidades de establecer con sus clientes el precio y las condiciones de los mismos, una vez que los haya fijado con el primero, porque todos los siguientes tienen el derecho (constitucional) a ser tratados de manera igual?; ¿puede un profesional negarse a prestar sus servicios, o todos tiene derecho a ellos, por aplicación del principio de igualdad?. Y los supuestos, desde luego, no se ciñen en exclusiva al principio de igualdad: ¿el derecho fundamental a la libertad de expresión ampara al empleado de una empresa para hacer propaganda negativa de los productos de la misma? ¿El derecho a la libertad ideológica permite a un profesor de un centro privado enfocar su enseñanza en contra radicalmente del ideario de dicho centro?”.

<sup>17</sup> Así lo hace ver A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., pp. 315-316, “démonos cuenta de que si salimos del Derecho privado, todo resulta más claro: nadie discute la imposibilidad de que un individuo sea privado de su derecho al voto por razón de su raza, precisamente en aplicación del principio de igualdad; todas las personas que utilizan un servicio público tienen derecho a que se les preste en paridad de condiciones; ningún funcionario público puede rehusar su actividad a ningún ciudadano; cualquier servidor público puede criticar el funcionamiento de la institución a la que pertenece, en ejercicio de su libertad de expresión; cualquier profesor de un centro público puede hacer ostensión de su particular ideología”.

<sup>18</sup> Para T. FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992, p. 113, el art. 9.1 CE podría ser el precepto consagrador, en nuestro Ordenamiento Jurídico, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Respecto a dicha omisión se pronunció nuestro Tribunal Constitucional de forma muy clara en relación a una controversia laboral, en el FJ 4º de su Sentencia 177/1988, 10 octubre<sup>19</sup>: “ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984\18) (Fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Sin embargo, en el FJ 1º de su STC 108/1989, 8 junio<sup>20</sup>, precisó que “el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE”. A la vista de tal afirmación, Bercovitz<sup>21</sup> concluye que “el Tribunal viene a mantener que el principio de igualdad se impone con menor fuerza en el campo de la autonomía privada en comparación con la sumisión al mismo de los poderes públicos; concretamente, se impone en aplicación del orden público constitucional, prohibiéndose las discriminaciones contrarias al mismo. Esas discriminaciones, por otra parte, comprenden las enumeradas expresamente en el artículo 14 CE, pero no se limitan a ellas”<sup>22</sup>.

Aceptada, pues, una cierta virtualidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ha de reconocerse que los derechos fundamentales no son ilimitados<sup>23</sup>, siendo, en dicho ámbito, una cortapisa al ejercicio de los mismos la buena fe. *Prima facie*, podría resultar llamativo al lector que la buena fe adquiriera rango constitucional, pero, si nos paramos a pensar, su ubicación en el Título Preliminar del Código civil, en concreto, en su art. 7.1, lo explica sobradamente.

**16.** Es evidente que los derechos fundamentales no operan, por igual, en todas las relaciones jurídicas *inter privados*, de ahí que la *Drittwirkung* sólo puede encontrar una solución puramente casuística, precisándose, caso a caso y bajo las específicas circunstancias, la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad conforme a un juicio de razonabilidad<sup>24</sup>.

En los conflictos horizontales entre particulares, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada y del de libertad contractual, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público constitucional.

<sup>19</sup> RTC 1988\177.

<sup>20</sup> RTC 1989\108.

<sup>21</sup> R. BERCOVITZ, “El principio de igualdad y Derecho privado”, *ADC*, 1990, p. 412.

<sup>22</sup> Comparte dicha opinión A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., p. 318, pues “inherente es al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad. Lo que no se permite es que la autonomía privada produzca discriminaciones manifiestas, basadas en las que expresamente prohíbe el artículo 14 de la Constitución: nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, o derivadas de circunstancias personales o sociales que tengan la suficiente transcendencia social para afectar, precisamente, al orden público, y siempre atendida la naturaleza del concreto acto de autonomía considerado, y las circunstancias del mismo”.

<sup>23</sup> STC 88/1985, 19 julio (RTC 1985, 88).

<sup>24</sup> V. A. CARRASCO PERERA, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *REDC*, 1984, pp. 39-106.

## IV. El Derecho contractual antidiscriminatorio

### 1. El principio de no discriminación como límite de la libertad contractual

17. En el moderno Derecho civil la autonomía privada no es *sólo* un valor en sí mismo, sino un instrumento a través del cual se ejercen los derechos constitucionales en el escenario socioeconómico. La celebración de un contrato es el modo a través del cual el sujeto desarrolla su personalidad en sus relaciones con otros individuos buscando en aquél prestaciones económicas o puede que extrapatrimoniales.

18. Desde siempre, el Derecho contractual ha sido la materia del ámbito privado menos permeable a los principios y valores constitucionales, sin embargo, a nuestro juicio, no puede seguir resistiéndose a que la libertad de pactar sea incluida en la obligada lectura constitucional de nuestro decimonónico Código y de las leyes civiles extracodiciales<sup>25</sup>.

Partiéndose de que la autonomía privada no es absoluta, pues no supone ni mucho menos hacer lo que a uno le venga en gana, en el Derecho contractual postconstitucional aquélla encontró limitaciones impuestas por el poder público (pensemos en los contratos de arrendamiento) con el fin de garantizar intereses sociales o comunitarios. Es claro que la libertad contractual no sólo permite satisfacer intereses particulares, sino que también ha de perseguir fines para la sociedad. Por ello, encuentra un límite en el orden público, tras el cual se encuentra la necesidad de garantizar el goce de los derechos fundamentales de la persona también en el marco de los negocios jurídicos privados. La autodeterminación permite actuar en razón de intereses propios pero el comportamiento negocial es legítimo sólo si cuenta con la aceptación social. En definitiva, el contrato queda sujeto a los valores y principios constitucionales, a los derechos fundamentales de la persona y a su dignidad.

Ahora bien, si no puede hablarse de la absoluta intangibilidad de la autonomía contractual, tampoco puede aceptarse su completa aniquilación. Ello es, según creemos, incuestionable.

### 2. Los mecanismos legales de tutela

19. Con el fin de lograr una sociedad integradora e inclusiva y, por consiguiente, justa, se han dictado en los últimos años diversas normas antidiscriminatorias en aras de lograr un trato igualitario de las personas, normas que, hoy día, constituyen un importante *corpus* heterorregulador del mercado, que, en materia contractual, pretende depurarlo de absurdos prejuicios y estereotipos a la hora de acceder a bienes y servicios. La prohibición de discriminación es, en nuestros días, una regla del Derecho de los contratos.

20. Sin duda alguna la Unión Europea ha jugado y juega un rol fundamental en la configuración del principio de no discriminación e igualdad de trato como un principio general del ordenamiento comunitario. Lo ha incorporado a sus Tratados constitutivos e intenta crear a través de un importante paquete de Directivas antidiscriminatorias<sup>26</sup>, un marco general para combatir las inaceptables desigualdades de trato en el seno de la Unión. Además, contamos hoy día con un gran número de recomendaciones y de

<sup>25</sup> Al respecto, vid. G. ALPA, "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", *Riv. crit. Dir. priv.*, 1995, pp. 39 y ss.; F. GALGANO, "Libertà contrattuale e giustizia del contratto", *Contratto e impresa. Europa*, 2005, pp. 509 y ss.; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003; F. MACARIO, "L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa", *Questione giustizia*, 2016, 4, pp. 52-76; E. NAVARRETTA, "Il contratto 'democratico' e la giustizia contrattuale", *Riv. Dir. civ.*, 2016, pp. 1262-1291.

<sup>26</sup> Para un detenido estudio, vid. D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel Diritto europeo, Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; P. CHIECO, "Le nuove Direttive comunitarie sul divieto di discriminazione", *Riv. it. Dir. lav.*, 2002, I, pp. 75 y ss.; L. CALAFÀ, "Le Direttive antidiscriminatorie di 'nuova generazione': il recepimento italiano", *Studium Iuris*, 2004, pp. 873 y ss.; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; L. CALAFÀ/ D. GOTTARDI, *Il Diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009; M. RANIERI, "Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, vol. 63, fasc. 1, pp. 165-210.

resoluciones del Parlamento Europeo, así como con una vasta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, encargado de ir dando forma concreta, en cada caso enjuiciado, al principio de igualdad de trato.

Al igual que en Estados Unidos la lucha contra la discriminación tuvo inicialmente un alcance limitado centrado en el racismo (después se ampliaría a otros motivos en el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 así como en normas federales), la primera previsión normativa comunitaria también, la discriminación por razón de sexo y, además, en un determinado ámbito, el del empleo: en este sentido, el art. 119 del Tratado de Roma de 1957 contemplaba la igualdad entre mujeres y hombres en materia retributiva. Décadas después, el Tratado de Ámsterdam supuso un hito al reforzar el compromiso europeo con la igualdad entre hombres y mujeres pero con una visión más global, la transversalidad de género (*mainstreaming*). Más tarde, el Tratado de Lisboa reafirmó el principio de igualdad y no discriminación, incluyéndolo entre los valores y objetivos de la Unión.

La gran preocupación del legislador comunitario por impedir situaciones discriminatorias por razones relativas a las condiciones personales del contratante se detecta, con suma facilidad, apenas se hace lectura del art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 13 del Tratado constitutivo), el cual amplía sus competencias facultando al Consejo a adoptar decisiones al respecto:

“1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”.

Y, como ya vimos, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dedica varios preceptos a la igualdad. En su art. 21 prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; además, prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares. La Carta, en su art. 23, dispone que la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

En el Derecho derivado (que, por efecto de sus fines de armonización, después resulta incorporado a los Derechos nacionales), las primeras Directivas antidiscriminación se circunscribieron al ámbito laboral<sup>27</sup>. Sin embargo, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación

---

<sup>27</sup> Vid. la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Tras el Tratado de Ámsterdam, citamos la Directiva del Consejo 2000/78/CE, 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

del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en su art. 3.1.h) dispone: “Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda”.

Pero es, sin duda, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, la que entra de lleno en el ámbito de la contratación y en la discriminación por razón de sexo a la hora de acceder a los mismos. En su art. 3, relativo a su ámbito de aplicación, dispone:

“1. Dentro de los límites de los poderes conferidos a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto.

2. La presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante.

3. La presente Directiva no se aplicará al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad, ni a la educación.

4. La presente Directiva no se aplicará a asuntos relacionados con el empleo y la ocupación. No se aplicará a asuntos relacionados con el trabajo por cuenta propia, en la medida en que dichos asuntos estén cubiertos por otros actos legislativos comunitarios”.

Repase el lector que se requiere que los bienes y servicios estén disponibles al público, de modo que deja fuera las transacciones que tengan lugar en el seno de la vida privada o familiar, a las que la norma comunitaria no resulta de aplicación, como tampoco al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad ni a la educación, ni a los asuntos relacionados con el empleo y la ocupación.

En su art. 4.5. dispone: “La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios”.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2008, sobre los progresos realizados respecto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación en la Unión Europea (transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE), pedía a los Estados miembros que, en su práctica legislativa, tuvieran debidamente en cuenta los varios motivos de discriminación que se mencionan en el antes citado art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Es indudable que las normas comunitarias se han preocupado especialmente por los abusos en los contratos con consumidores y ello porque el consumidor reviste una enorme importancia al ser pieza clave en el objetivo de construir un mercado único y de libre competencia. El control legal sobre el contenido del contrato con el fin de proteger al contratante más débil se detecta, claramente, en materias como el contrato de crédito al consumo o el de viajes combinados. Con tales limitaciones de la autonomía privada no se persigue su reducción, sino la remoción de obstáculos al mercado interior.

Pero si bien las primeras intervenciones legislativas de la Unión Europea en materia contractual respondieron a fines puramente mercantilistas (junto a los laborales), las sucesivas han intentado promover los valores de la persona en todos los ámbitos, de ahí la progresiva incidencia del principio de no discriminación en el contrato.

---

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; 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 la Directiva 2010/41, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

Dicha preocupación del legislador comunitario por la regulación del principio general de no discriminación y de las medidas específicas para garantizar la efectividad del mismo más allá del ámbito laboral resulta evidente en la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>28</sup>, la cual, tal y como expresa en su Exposición de Motivos, pretende crear un marco para la prohibición de la discriminación por estos motivos y establece un nivel mínimo homogéneo de protección en la Unión Europea para las personas que han sufrido una discriminación de este tipo.

**21.** Entre las iniciativas académicas de revisión del Derecho contractual europeo<sup>29</sup>, la prohibición de discriminar a la otra parte contratante se contempló en los *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, en concreto, en el capítulo 3 (arts. 3:101 a 3:203)<sup>30</sup>, así como en el *Draft Common Frame of Reference* del *Study Group on a European Civil Code*, en el capítulo 2 del Libro 2 (arts. 2:101 a 2:105)<sup>31</sup>, que reconoce explícitamente el “*right not to be discriminated against*”, si bien lo circunscribe a la discriminación por razón de sexo (*rectius*: género) y de origen étnico o racial y a los bienes o servicios disponibles al público, como puede comprobarse: “Art. 2:101. *Right not to be discriminated against. A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public*”.

**22.** En el ámbito interno, las normas comunitarias antidiscriminatorias se incorporan a nuestro Derecho nacional<sup>32</sup> a través de la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En cuanto a la discapacidad, si bien son destacables como normas antidiscriminatorias la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la cual preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se materializó en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, ambas derogadas junto a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el que las tres leyes citadas pasan a integrarse, es innegable que las mayores intervenciones legislativas tienen lugar a partir de la ratificación por España (y por la propia Unión Europea<sup>33</sup>) de la Convención de Naciones Unidas de las personas con discapacidad<sup>34</sup>, la cual ha venido a cambiar radicalmente el panorama jurídico en este ámbito al introducir un nuevo concepto de discapacidad, la cual pasa a ser considerada una cuestión de derechos humanos y no como una preocupación en materia de bienestar social, y al contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva para lograr la efectiva tutela de las personas con discapacidad.

<sup>28</sup> I. HERBOSA MARTÍNEZ, “Una primera aproximación a la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 5, 2020.

<sup>29</sup> Para un mayor estudio, vid. S. NAVAS NAVARRO, “El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo”, *ADC*, 2008, pp. 1475-1490.

<sup>30</sup> *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Munich, 2007, pp. 105 y ss.

<sup>31</sup> *Principles. Definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, Munich, 2008, pp.108 y ss.

Para un detenido estudio, vid. S. TOMMASI, “La no discriminazione nel ‘Draft Common Frame of Reference’”, *Riv. crit. Dir. priv.*, 2011, pp. 119 y ss.

<sup>32</sup> En el Derecho alemán, la transposición de las Directivas comunitarias se realizó a través de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)* de 14 de agosto de 2006, la cual se aplica tanto a las cuestiones relativas al empleo como a las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social y a la educación, así como a la contratación de bienes y servicios que se encuentren a disposición del público, incluso la vivienda.

<sup>33</sup> Decisión 2010/48/CE del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>34</sup> *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

Sus principios de no discriminación, participación e inclusión social, igualdad de oportunidades y accesibilidad se incorporaron a nuestro ordenamiento a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El art. 5.2 del Convenio de Nueva York dispone que “los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”.

Por su parte, el art. 25, e), relativo a la salud, dispone que “los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”.

Pues bien, tras detectarse numerosas prácticas discriminatorias por razón de la discapacidad en la contratación de seguros privados de asistencia sanitaria, el art. 14 de la citada Ley 26/2011 introdujo en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, conforme al mandato del art. 25, e) de la Convención, la Disposición adicional 4ª, con el siguiente tenor literal:

“Disposición adicional cuarta. No discriminación por razón de discapacidad.

No se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”.

El giro de modelo que se produce con la Convención neoyorquina, del rehabilitador al social o de derechos humanos provoca que la discapacidad deba dejar de asociarse a la enfermedad para considerarla una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que puede presentar una persona que, al interactuar con barreras de diversa índole, le impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1, pfo. 2º). Por tanto, la discapacidad, en el ámbito de los seguros privados de asistencia sanitaria, no está necesariamente relacionada con el estado de salud previo a la contratación de la póliza. Sin embargo, las compañías aseguradoras siguen vinculando, erróneamente, discapacidad y enfermedad.

Una duda que suscita dicha Disposición adicional 4ª es a quién considera el legislador una persona con discapacidad, puesto que, si bien tenemos claro quién lo es para la Convención, ello no encaja con lo entendido en la práctica, en la que se exige un certificado administrativo de discapacidad de un grado igual o superior al 33%<sup>35</sup> (por tanto, con un 32% no lo es, aunque encuentre barreras que le impidan su plena participación social en igualdad de condiciones que los demás), lo que, a nuestro juicio, no se ajusta ni a la definición ni al espíritu de dicho Tratado internacional<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Vid., Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

<sup>36</sup> En opinión de I. VIVAS TESÓN, “El ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS y MAYOR DEL HOYO (dirs.), Valencia, p. 409: “en Derecho español existe una clara disfunción o desajuste pues la imprescindible exigencia normativa de un reconocimiento formal de discapacidad con un grado mínimo del 33% no casa adecuadamente con la definición de discapacidad contenida en el art. 1, pfo. 2º de la Convención (“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, de modo que la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por diversas barreras que pueden ser sociales, físicas, actitudinales o jurídicas, lo que permite establecer como objetivo la eliminación de las barreras existentes de toda índole) y, por tanto, creemos que no se ajusta al modelo social de la misma como sí, en cambio, el art. 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social,

Unos años más tarde y fruto de la lucha del movimiento asociativo durante no pocas décadas, la Disposición final 1ª de la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, añadió a dicha norma una Disposición Adicional única, con el siguiente texto:

“Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud.
2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud”.

Asimismo, incluye una Disposición final 4ª:

“Disposición final cuarta. Ampliación a otras enfermedades.

El Gobierno, en el plazo de un año, presentará un proyecto de ley en el que determinará la aplicación de los principios de esta ley a otras enfermedades respecto a las que pueda considerarse que se aplican los mismos efectos excluyentes en las relaciones jurídicas”.

A la espera aún de que se cumpla dicha promesa aun extemporáneamente, en la expresión “otras condiciones de salud” entendemos que, entre éstas, deben ser incluidas la diabetes y el Covid-19.

La misma Ley 4/2018, de 11 de junio, modifica también la Ley de contrato de seguro de 1980, a la que añade la Disposición adicional 5ª, fiel copia de la 4ª sobre no discriminación por razón de discapacidad que antes hemos reproducido:

“Disposición adicional quinta. No discriminación por razón de VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

No se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA u otras condiciones de salud. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”.

**23.** Sabemos que el seguro es un tipo contractual singular, sobre todo, cuando se trata de un seguro de persona (asistencia sanitaria o vida), en el que el estado de salud del asegurado es clave para la valoración del riesgo y consiguiente determinación de las condiciones contractuales, entre ellas, la fijación de la prima.

Según el art. 10, pfo. 1º, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, “el tomador del seguro tienen el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”. En sus párrafos 2º y 3º se contempla la posibilidad de que la aseguradora resuelva el contrato o reduzca el pago de la prestación convenida en caso de reserva o inexactitud en la contestación al cuestionario, pudiendo, incluso, liberarse del pago de la misma si media dolo o culpa grave del tomador del seguro.

---

así como el art. 25 del Código penal en su redacción de 2015. Para mayor confusión, dicho certificado administrativo sigue exigiéndose para algunos actos jurídicos pero, en cambio, no para otros, como, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Horizontal, que en su art. 10.1.b) reconoce automáticamente a los mayores de 70 años su condición de personas con discapacidad. A la vista de ello, me pregunto: hoy día, en el Ordenamiento jurídico, ¿quién es, desde el punto de vista jurídico, una persona con discapacidad?».

Según el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya remisión a las Cortes Generales fue acordada en Consejo de Ministros el pasado 7 de julio de 2020 y actualmente en tramitación, persona con discapacidad es aquélla que precisa medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica (art. 249), pero no se proporciona ninguna definición, la cual, a la vista de la disparidad de conceptos normativos existentes en la actualidad en nuestro Ordenamiento jurídico, sería muy necesaria.

A nuestro juicio, reviste enorme interés práctico la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) 17 diciembre 2019<sup>37</sup>, en la que se enjuicia el caso de una persona de 41 años con diabetes mellitus tipo 2, la cual no suponía incapacidad o defecto físico ni le impedía trabajar, quien suscribió un contrato de seguro de amortización de préstamo en cuyo cuestionario médico se preguntó al asegurado si se encontraba en buen estado de salud, a lo que respondió que sí, pese a que en ese momento ya padecía diabetes. El asegurado interpuso demanda contra la aseguradora solicitando el pago de la indemnización correspondiente al seguro que cubriría, en caso de incapacidad permanente, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, la cual fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia al considerar la existencia de dolo. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y estima la demanda porque considera que el asegurado no incumplió su deber de veracidad al responder al cuestionario médico, puesto que éste no existió, sino tres preguntas: ¿si se encontraba en buen estado de salud? a lo que respondió que sí, ¿qué si padecía alguna incapacidad o defecto físico? a lo que respondió que no, y ¿si tenía plena capacidad de trabajo? a lo que respondió que sí.

La Audiencia Provincial cita la doctrina jurisprudencial según la cual no toda inexactitud en la respuesta al cuestionario determina la existencia de dolo que exonere a la aseguradora del pago de la prestación. Por el contrario, es preciso que lo declarado sea relevante para la valoración del riesgo, de tal forma que su ocultación hubiera influido en las condiciones en que se contrató el seguro y en la decisión del asegurador de aceptar el contrato. Y añade: “Y no hay que olvidar que en este tipo de contratos en el que es, como señala la propia sentencia apelada, práctica bancaria generalizada el de acompañar a la concesión del préstamo un seguro de vida o de amortización, que se ofrece simultáneamente, tanto para asegurar el fin de la operación financiera como para aumentar el volumen de negocio y cartera de clientes de las entidades aseguradoras pertenecientes a su propio grupo empresarial, por lo que no se trata de un seguro celebrado a solicitud del propio asegurado, en el que se busca dolosamente un enriquecimiento injusto, ocultando alguna enfermedad o defecto. Como es el caso, como el presente, en el que la entidad financiera prácticamente exige el seguro y se limita a hacer unas preguntas generales, en lugar de un cuestionario médico revelador. Dándose el caso que el seguro de amortización del préstamo, formalizado el 5 de julio de 2002, lo era de una duración de 240 meses o sea 20 años. No produciéndose el dictamen propuesto de la incapacidad permanente hasta el 12 de marzo de 2014, es decir, transcurrido ya 12 años desde la firma del préstamo y del seguro. Dándose la circunstancia de que el demandante tenía en el momento de la contratación 41 años, en cuanto nacido el 31/12/1960. De tal forma que no se puede apreciar la existencia de engaño alguno, cuando una persona de 41 años, con plena capacidad laboral, manifiesta no padecer enfermedad alguna, si se trata de diabetes en el que a esa edad todavía no ha manifestado ningún impedimento, pues es norma de la experiencia que la diabetes más que una enfermedad es un defecto orgánico que no produce dolor ni molestia alguna, sino que lo que produce a lo largo del tiempo es un deterioro orgánico del cuerpo, sobre todo en riñón, miembros y ojos, como es el caso presente este último, y ello solo o en la medida en que dicha diabetes no es controlada por quien la padece.

Así, en el caso presente no se producen los efectos de dicho defecto silente, que constituye la diabetes hasta muchos años después de la contratación del seguro y ello más por la falta de control de los niveles de glucosa en sangre que por dicho defecto orgánico.

De tal forma que habría que preguntarse si el exacto conocimiento de que el demandante padecía ya diabetes en el momento del contrato a la edad de 41 años, hubiera impedido la realización de un contrato por un tiempo de duración en que no era previsible, con un adecuado control de dicho padecimiento, causara la retinopatía diabética que ha limitado su agudeza visual y ha dado lugar a la declaración de la incapacidad, ya que la evolución de la diabetes no siempre determina la existencia de la retinopatía, menos aun si la misma está controlada, y desde luego no cabe pensar que el demandante voluntariamente haya pretendido quedarse medio ciego, sino que ha sido fruto de su bajo nivel socioeconómico y cultural, como única explicación a su falta de control de dicha enfermedad. Lo que nos lleva a considerar que su no declaración carecía de dolo y no hubiera influido en la contratación del seguro realizado en interés de la compañía contratante. En consecuencia, procede estimar el recurso” (FJ 2º).

<sup>37</sup> JUR 2020\87577.

En consecuencia, la Audiencia Provincial condena a la aseguradora a abonar a la entidad financiera las cantidades pendientes de amortizar del préstamo hipotecario, así como a pagar al demandante las abonadas indebidamente.

Con claridad inequívoca, el legislador incluye en la regulación de seguros privados dos normas antidiscriminatorias destinadas a grupos de personas históricamente desfavorecidas y, por consiguiente, marginadas socialmente, las personas con discapacidad y las personas con VIH/SIDA<sup>38</sup>.

El sector asegurador ya ha reaccionado adecuando el contenido de sus cuestionarios de salud al Covid-19/SARS-CoV-2 y al escenario de riesgos que estamos viviendo por causa de la pandemia del coronavirus. Desconocemos si en las condiciones generales de los seguros privados, tanto de salud como de vida, van a empezar a excluir de la cobertura de la póliza a las personas que se hayan infectado o hayan desarrollado el Covid-19 (téngase en cuenta que entre ellas pueden hallarse profesionales sanitarios), como ya sucediera con el VIH/SIDA.

**24.** Otra cuestión común a ambas Disposiciones Adicionales 4ª y 5ª añadidas a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro es su inciso final: “salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”, previsión que habilita a las compañías aseguradoras a rechazar la contratación o imponer condiciones más onerosas por razón de discapacidad, VIH/SIDA u “otras condiciones de salud”. Ello provoca que tras un trato diferenciado aparentemente “fundado” por parte de la compañía exista, en realidad, un trato discriminatorio. En la práctica cotidiana aseguradora, intuimos que, ante la ausencia de mecanismos de control, es lo que sucede, convirtiendo en papel mojado las previsiones normativas antidiscriminatorias en materia de seguros privados.

**25.** El art. 53.2 de la CE establece que cualquier ciudadano puede recabar la tutela del derecho de igualdad ante la Ley recogido en su art. 14, ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. El mismo precepto contempla también que cualquier ciudadano puede acudir ante el Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo.

Por su parte, el Defensor del Pueblo, en virtud del art. 54 de la CE, tiene competencias para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, entre ellos, el del art. 14.

**26.** En cuanto a la tutela penal ante un trato discriminatorio<sup>39</sup>, destacamos la tipificación por el Código penal de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas en sus arts. 510 y ss. En concreto, el art. 510.1º recoge el delito de odio en los siguientes términos:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

<sup>38</sup> Vid. L. C. PÉREZ BUENO, *La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros*, Colección CERMI, 2004, núm. 11; C. GONZÁLEZ CARRASCO, “La discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8, pp. 408-419 y “La vida no va de cromosomas (a propósito del aseguramiento de la sanidad privada de los discapacitados)”, *ibidem*, 2015; P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, “La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8; FUNDACIÓN ONCE, *El sector seguros y las personas con discapacidad y sus familias: dimensionamiento, análisis de barreras e identificación de oportunidades*, 2018; M. BOLÍVAR OÑORO/M. A. RAMIRO AVILÉS, “La contratación de seguros no obligatorios por personas con el VIH”, 2016, disponible en [https://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal\\_MA\\_RamiroyM\\_Bolivar\\_VIHySeguros.pdf](https://www.cesida.org/wp-content/uploads/2013/09/ClinicaLegal_MA_RamiroyM_Bolivar_VIHySeguros.pdf).

<sup>39</sup> También en la Unión europea encontramos algunas normas antidiscriminatorias a destacar en el ámbito penal, como la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. En materia de asistencia a víctimas de delitos, encontramos la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

En el supuesto de que, por ejemplo, una inmobiliaria deniegue un contrato de alquiler de una vivienda a una persona extranjera por una mera cuestión de discriminación racial, entendemos que resulta aplicable lo dispuesto en el art. 512 del Código penal, que castiga a los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurriendo en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.

Quisiéramos señalar por la enorme preocupación que ello nos produce, que los delitos e incidentes de odio aumentaron en nuestro país un 6,8 % en 2019 con respecto a 2018, y, en concreto, los motivos por racismo y xenofobia fueron los que más se incrementaron, un 20,9% con respecto al año anterior, según el Informe de la evolución de los delitos de odio del Ministerio del Interior del año 2019<sup>40</sup>.

### 3. El alcance de la prohibición de no discriminación contractual

27. Llegados a este punto, nos preguntamos: si quiero alquilar mi casa sólo a personas que presenten una determinada cualidad personal o social, ¿puedo rechazar la propuesta de una interesada en contratar que no la reúna? La respuesta es claramente negativa si en mi anuncio o cartel de arrendamiento indico “abstenerse” y a continuación señalo algún rasgo como la raza, la orientación sexual, la religión, la nacionalidad o la discapacidad, dado que estoy haciendo una declaración al público y una exclusión generalizada. ¿Y cuando se trata de una negociación individual o aislada entre dos particulares sin oferta al público?

Para algunos autores, resulta evidente que un espacio de autonomía debe existir pues, de lo contrario, la libertad contractual corre el riesgo de acabar completamente asfixiada o aniquilada. Por ello, consideran que el principio de no discriminación opera sólo en las ofertas de bienes y servicios hechas al público.

Siguiendo dicha lógica, podría eludirse la prohibición de discriminar no realizando una oferta al público y utilizando, en cambio, una declaración individualizada, hecho éste que permitiría, si así se considera oportuno y con plena libertad, rechazar la celebración de un contrato o imponer condiciones peores en virtud de un factor de riesgo del otro contratante, esto es, discriminando injustificadamente.

<sup>40</sup> Informe de la evolución de los delitos de odio en España 2019 del Ministerio del Interior, disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+sobre+la+evoluci%C3%B3n+de+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a+%2C%20a%C3%B1o+2019/344089ef-15e6-4a7b-8925-f2b64c117a0a>.

Creemos que ello no puede admitirse, puesto que atenta frontalmente contra los valores esenciales del ordenamiento jurídico y, en definitiva, contra la dignidad de la persona. Los comportamientos discriminatorios tampoco pueden darse en el contexto de contratos que son frutos de una negociación individual.

A nuestro juicio, el error reside en considerar que autonomía privada y prohibición de discriminar son del todo punto incompatibles, de manera que la libertad contractual prevalece en las negociaciones aisladas en tanto que la prohibición de discriminación en las declaraciones al público. Sin embargo, la prohibición de discriminar no niega la libertad de elección de la otra parte contratante, ni siquiera cuando el oferente dirige su declaración al público. El problema de la discriminación contractual no gira en torno a la concreta técnica de negociación, individual o al público. La persona tiene libertad para elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se funde en un factor de riesgo. Así lo contempla expresamente el art. 3.2 de la Directiva 2004/113/CE, si bien circunscribiéndose a la discriminación por razón de género: “La presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante”.

Dicho de otro modo, la prohibición de discriminación también se aplica a los intercambios de bienes y servicios individuales, en los que no puede existir una suerte de absoluta impunidad ante vulneraciones de los principios y valores constitucionales. Piénsese en el propietario de varias viviendas que sin dirigir su oferta de alquiler al público las arrienda aplicando condiciones contractuales más desfavorables para los inquilinos de una determinada creencia religiosa, prohibiendo que el arrendatario conviva en el inmueble con personas de una determinada raza o bien permitiéndole subarrendar excepto a homosexuales.

En definitiva, al margen de la concreta técnica de negociación, ha de atenderse al caso concreto y realizar una cuidadosa ponderación de los intereses en juego. Y aunque ya lo apuntamos, insistimos, la dificultad en las prácticas contractuales discriminatorias reside, fundamentalmente, en el plano probatorio, lo que, estamos convencidos, justifica su escasa judicialización.

**28.** Al abordar esta problemática, es lógico pensar en los contratos clásicos o celebrados de manera presencial (*offline markets*), siendo más difícil representarnos una situación discriminatoria en la contratación digital (*online markets* como Amazon, eBay, Airbnb, etc.). Sin embargo, la discriminación contractual también existe en el mercado *online* y con visos de que pueda incrementarse dado su frenético ritmo de digitalización expansión a raíz de la acelerada digitalización mundial provocada por el coronavirus, la cual ha llegado para quedarse.

La popular Airbnb (acrónimo de “*airbed and breakfast*”), fundada en San Francisco en 2008 (por tanto, en plena crisis económica), con más de 150 millones de usuarios en 2019 en más de 190 países y con salida en bolsa prevista para el año 2020 pero retrasada por causa de la pandemia mundial del Covid-19<sup>41</sup>, es una plataforma *online* de alquileres vacacionales que conecta a propietarios de alojamientos con viajeros de todo el mundo. La gigante *startup* del *home-sharing* entre particulares propicia la concurrencia *online* de ofertas de servicios de alojamiento (y “otras experiencias” como excursiones y eventos) por parte de propietarios privados de inmuebles (“anfitriones”) y de demandantes de los mismos (“huéspedes”)<sup>42</sup>. Tras un intercambio de información relativa a la reserva, anfitrión y huésped suscriben el contrato de alquiler vacacional de la casa, castillo, apartamento o habitación, del cual Airbnb no es parte<sup>43</sup>, limitándose a cobrar a sus anfitriones una comisión de entre el 3% y el 5% por reserva. Parece que esta modalidad de contratación bajo el anonimato y no presencialidad podría, en principio, garantizar la irrelevancia de las características personales al momento de suscribir el contrato, no pudiéndose producir,

<sup>41</sup> El 16 de noviembre de 2020 la empresa presentó la documentación para salir a bolsa exigida por la Comisión de Mercados y Valores de Estados Unidos (SEC). El extenso informe en el que detalla sus últimos datos financieros, el impacto de la pandemia, así como las oportunidades y amenazas de futuro puede consultarse en <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1559720/000119312520294801/d81668ds1.htm>.

<sup>42</sup> Así se describe en los Términos de Servicio para usuarios europeos de Airbnb (pueden consultarse en <https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio>).

<sup>43</sup> Según los Términos de Servicio, “Airbnb no es parte en los contratos suscritos directamente entre Anfitriones y Huéspedes ni constituye un agente inmobiliario, asegurador, organizador o minorista de viajes combinados con arreglo a la Directiva (UE) 2015/2302”.

por consiguiente, prácticas discriminatorias. Pues bien, a pesar de las normas antidiscriminatorias y del modo de contratación a través de dicha plataforma virtual, la discriminación contractual digital existe.

Así lo ha demostrado en Estados Unidos una investigación experimental realizada por dos profesores y un estudiante de Doctorado de la Harvard Business School<sup>44</sup>, la cual reveló una discriminación generalizada contra huéspedes afroamericanos en Airbnb: los blancos tenían más facilidades para reservar una propiedad privada en alquiler en la citada plataforma digital.

Conforme a dicho estudio, el problema reside en la información personal (nombres e imágenes de perfil) que es inherente a muchos mercados en línea (*online marketplaces*) de la llamada “economía colaborativa” y que puede facilitar la discriminación por parte de los propietarios inmobiliarios basada en la raza, el género, la edad u otras características de los vendedores<sup>45</sup>. En el concreto experimento realizado se centraron en la discriminación por razón de raza (la que, con frecuencia, lleva aparejada también la de la situación socioeconómica), contra la que existen en Estados Unidos, desde hace décadas, numerosas normas antidiscriminatorias (la principal, la ya citada *Civil Rights Act* de 1964).

Para probar la discriminación racial por parte de los anfitriones de Airbnb, los investigadores crearon veinte cuentas falsas de huéspedes, todas idénticas salvo en los nombres utilizados para cada uno de ellos: diez inducían claramente a pensar que se trataba de personas afroamericanas (p. ej. “Lantonya Robinson”, “Tamika Williams”, “Jamal Jones” y “Rasheed Jackson”) y diez a que eran blancas (p. ej. “Anne Murphy”, “Laurie Ryan”, “Greg O’Brien” y “Brent Baker”), mitad hombres y mitad mujeres, todos elegidos en función de la frecuencia de los nombres de los certificados de nacimiento de los bebés nacidos entre 1974 a 1979 en Massachusetts. Se usaron sólo nombres, no fotos.

Usando estas veinte cuentas de huéspedes, los investigadores enviaron unas 6.400 solicitudes de disponibilidad de alojamiento para un fin de semana a anfitriones de Airbnb con propiedades en Baltimore, Dallas, Los Ángeles, St. Louis, and Washington, DC entre el 7 y el 30 de julio de 2015 y esperaron a recibir sus respuestas durante los treinta días siguientes. Descubrieron que las solicitudes de huéspedes con nombres asociados a personas afroamericanas tenían menos probabilidades de ser aceptadas por los anfitriones respecto de las de los que tenían nombres típicos de personas blancas. En la muestra realizada, los huéspedes supuestamente blancos recibieron una respuesta positiva en un 50% frente al 42% de las peticiones provenientes de los de identidad afroamericana<sup>46</sup>, discriminación que no variaba en función del precio o ubicación del alojamiento<sup>47</sup>.

El caso de esta empresa líder mundial en alquileres vacacionales puede ser sólo la punta del iceberg, existiendo, muy probablemente, desigualdades contractuales injustificadas y aún por descubrir en el tráfico privado *online*<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Se trata del estudio realizado por B. EDELMAN/M. LUCA, “Digital Discrimination: The Case of Airbnb.com”, Working Paper, 2014, 14-054 (puede consultarse en [https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/Airbnb\\_92dd6086-6e46-4eaf-9cea-60fe5ba3c596.pdf](https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/Airbnb_92dd6086-6e46-4eaf-9cea-60fe5ba3c596.pdf)) y B. EDELMAN/M. LUCA/D. SVIRSKY, “Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment”, *American Economic Journal: Applied Economics*, 2017, pp. 1-22 (<https://doi.org/10.1257/app.20160213>).

<sup>45</sup> Ello es posible porque, como señalan B. EDELMAN/M. LUCA/D. SVIRSKY, “Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment”, cit., p. 2, “Airbnb allows hosts to decide whether to accept or reject a guest after seeing his or her name and often a picture—a market design choice that may further enable discrimination”.

<sup>46</sup> Así lo indican B. EDELMAN/M. LUCA/D. SVIRSKY, “Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment”, cit., p. 2, quienes en su estudio descubrieron otros datos: “combining our experimental results with observational data from Airbnb’s site, we investigate whether different types of hosts discriminate more, and whether discrimination is more common at certain types of properties based on price or local demographics. Our results are remarkably persistent. Both African American and white hosts discriminate against African American guests; both male and female hosts discriminate; both male and female African American guests are discriminated against. Effects persist both for hosts that offer an entire property and for hosts who share the property with guests. Discrimination persists among experienced hosts, including those with multiple properties and those with many reviews. Discrimination persists and is of similar magnitude in high- and low-priced units, in diverse and homogeneous neighborhoods”.

<sup>47</sup> B. EDELMAN/M. LUCA/D. SVIRSKY, “Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment”, cit., p. 10.

<sup>48</sup> Así lo califica M. CIANCIMINO, “La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, p. 8.

VARIA

KAFALA Y ADOPCIÓN. EL AUTO DE LA AUDIENCIA  
PROVINCIAL DE BARCELONA (SECCIÓN 18)  
NÚM. 220/2020 DE 10 DE JUNIO

KAFALA AND ADOPTION. THE RESOLUTION  
OF THE PROVINCIAL COURT OF BARCELONA (SECTION 18)  
NUMBER 220/2020 10 JUNE

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

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

Recibido: 07.11.2020 / Aceptado: 24.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5981>

**Resumen:** La constitución de una adopción en España tras una kafala en origen, prohibida por el artículo 19.4 de la LAI, ya no se plantea por familias españolas como alternativa a la adopción internacional, sino por familias musulmanas de origen extranjero residentes en España probablemente para superar algunas barreras del Derecho de extranjería. El Auto de la AP de Barcelona recuerda que tal prohibición no vulnera el CEDH y que su aplicación no contradice el orden público español, desde la perspectiva del interés superior del niño, toda vez que su protección familiar está garantizada a través de la kafala. Sin embargo, el caso pone de relieve que la legislación de extranjería en la materia debe garantizar el derecho a vivir en familia, contenido esencial del interés superior del niño, en línea con lo apuntado por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019.

**Palabras clave:** kafala, adopción, Derecho de extranjería.

**Abstract:** Adopting a child in Spain after a kafalah in his country of origin, is forbidden under spanish law since 2015, as in other european countries. Nowadays, some muslim migrant families try to adopt to avoid some immigration barriers. The case shows that the prohibition is consistent with the best interest of the child, already protected by the kafalah, but also that immigration laws must guaranty his right to a effective family life.

**Keywords:** kafala, adoption, immigration rules.

**Sumario:** : I. Antecedentes de hecho y resolución judicial. 1. La Kafala como medida de protección del niño. 2. La Kafala en Derecho internacional privado español. III. La Kafala en el Derecho de extranjería. IV. Consideraciones finales.

## I. Antecedentes de hecho y resolución judicial

1. Dos marroquíes residentes en España que contrajeron matrimonio en 1995, constituyeron en 2016 en Tánger una kafala judicial de un niño de padres desconocidos. Se les nombró tutores dativos, pero no se autorizó el desplazamiento del menor a España, ni que fijara en nuestro país su residencia permanente. En esa fecha el marido ya había adquirido la nacionalidad española. En junio de 2019 pre-

---

\* s.adroher@comillas.edu

sentaron en España su ofrecimiento para adoptar al niño. En primera instancia se inadmitió a trámite la demanda porque el Juzgado entendió que los adoptantes debían tener un certificado de idoneidad. La Audiencia Provincial (AP) de Barcelona en su Auto de 10 de junio de 2020<sup>1</sup> desestima el recurso de apelación pero por una razón distinta: la prohibición de constituir una adopción tras una kafala prevista en el art. 19.4 de la Ley 54/2007 de adopción internacional (LAI)<sup>2</sup>. Se trata de una importante y muy bien fundamentada resolución judicial que, sin embargo, pone de relieve en qué medida las disposiciones de Derecho privado y de Derecho de extranjería actúan como vasos comunicantes.

## II. Cuestiones de Derecho internacional privado

2. El presente Auto es una de las numerosas resoluciones judiciales, que, en los últimos años, abordan los efectos de las kafalas islámicas en España, tanto desde la perspectiva del Derecho privado e internacional privado<sup>3</sup>, como desde la del Derecho de extranjería<sup>4</sup>. He tratado en dos trabajos anteriores<sup>5</sup> esta singular institución que, como respuesta a la prohibición coránica de la adopción prevista en gran parte de los países islámicos, con excepciones<sup>6</sup>, comporta una medida de protección de menores reconocida en diversos convenios internacionales<sup>7</sup>. En virtud de ella, una mujer o un matrimonio musulmán se hace cargo de un menor, comprometiéndose a cuidarle, educarle y protegerle “como un padre lo haría con su hijo”, e instruirle en la fe islámica, pero sin que se establezcan entre ellos vínculos paterno-filiales<sup>8</sup>.

### 1. La kafala como medida de protección del niño

3. En el Derecho de los países islámicos, como es el caso de Marruecos<sup>9</sup> o Argelia, países con estrechas relaciones jurídicas con España, existen dos tipos de kafalas: judiciales y notariales. Las judiciales se constituyen a favor de niños huérfanos, o de padres desconocidos; la autoridad judicial identifica a los niños beneficiarios (makfoules), elige la familia de acogida (kafiles), y establece el ejercicio y seguimiento de la medida<sup>10</sup>. La kafala otorga la “tutela dativa” al kafil, se inscribe en el Registro civil

<sup>1</sup> ECLI: ES:APB:2020:4271<sup>a</sup>.

<sup>2</sup> BOE 29 de diciembre de 1997.

<sup>3</sup> Autos de la AP de León de 27 de junio de 2019 (ECLI:ES: APLE: 2019: 922<sup>a</sup>), AP de Barcelona de 28 de mayo de 2019 (ECLI: ECLI:ES: APB:2019:3237A), AP de Alicante de 16 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APA:2019:4024), AP de Valencia de 5 de mayo de 2020 (ECLI: ES: APV:2020:1104A), AP de Barcelona de 11 de junio de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:4370).

<sup>4</sup> Sentencias del TSJ de Andalucía de 23 de mayo de 2019 (ECLI:ES: TSJAND: 2019:7460), y de Madrid de 11 de abril de 2019 (ECLI:ES: TSJM:2019:7749 ) y de 31 de mayo de 2019 (ECLI:ES: TSJM:2019:8516 ).

<sup>5</sup> S. ADROHER BIOSCA. «Un estudio de caso sobre adoptabilidad: la kafala islámica». En B. GÓMEZ BENGOCHEA, A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, S. ADROHER BIOSCA. *Se busca familia para un niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad*. Madrid, Dykinson, Comillas. 2015; S. ADROHER BIOSCA. “La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria? Revista de Derecho migratorio y de extranjería n° 45, 2017, pp. 203-20.

<sup>6</sup> K. OUAD ALI, T. SAGUIR, “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”. En G. ESTEBAN DE LA ROSA, G. (Dir) *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2007, p. 87.

<sup>7</sup> Artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 1989, y artículo 3 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, (BOE 2 de diciembre de 2010, CH96).

<sup>8</sup> A. RODRIGUEZ BENOT. “Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”. *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, 1999, pp. 195-208; P. DIAGO DIAGO. *La kafala islámica en España*. CDT, vol. 2, n° 1, marzo 2010, p. 142; N. MARCHAL ESCALONA. “La kafala islámica: problemática y efectos”. En F. J. DURAN RUIZ, (Dir.) *Actas del I Congreso internacional retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del Siglo XXI*. Granada, Comares 2013, pp. 237-270.

<sup>9</sup> H. ZEKRI, J. OUHIDA “La kafala en el Derecho marroquí”, en A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, H. ZEKRI, J. OUHIDA. *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*. FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 15-130.

<sup>10</sup> A. SAHLI, F. EZZAHZI “El interés superior del niño en la jurisprudencia marroquí” en *El Interés superior del niño en la jurisprudencia internacional y comparada.*, S. SANZ CABALLERO, N.M. MOLINA NAVARRO, (Dir.). Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, CEU, CEDRI y MINECo 2017, p. 187.

y tiene algunos efectos coincidentes con los de la filiación biológica<sup>11</sup>. El más relevante para el tema que nos ocupa, es la representación legal, que, si bien no siempre ha sido reconocida en España<sup>12</sup>, se ha afirmado indubitadamente por la Fiscalía General del Estado (FGE)<sup>13</sup>.

4. En las kafalas notariales, son los padres del niño quienes, mediante un acta adular, “asignan” el cuidado de su hijo a un kafil, normalmente de su círculo familiar, sin transferirle la representación legal, sino, simplemente, la guarda. Con frecuencia se ha utilizado por las familias migrantes: el niño se envía a vivir con unos parientes residentes legales en Europa, aliviando así a los padres de su manutención, permitiendo a los hijos el acceso a mejores recursos educativos y sanitarios y a los kafiles beneficiarse de su compañía, si bien en ocasiones se han denunciado situaciones de explotación laboral infantil en estos casos<sup>14</sup>. Las kafalas notariales pueden homologarse judicialmente, pero, mientras la homologación en Marruecos es una mera “autenticación”, en Argelia transforma la kafala en judicial<sup>15</sup>.

## 2. La kafala en Derecho internacional privado español

5. Es frecuente, como en el Auto analizado, que los kafiles que constituyen kafalas en países islámicos, residan en el extranjero y pretendan desplazar al makfoul a su país de residencia<sup>16</sup>. Desde la perspectiva del Derecho privado, cuatro cuestiones son relevantes: su no reconocimiento como adopción, su reconocimiento como medida de protección, la prohibición de transformarla en adopción, y su posible transformación en tutela o acogimiento familiar en España<sup>17</sup>.

6. Las legislaciones de los países europeos niegan el reconocimiento de la kafala como una adopción. El Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 (en adelante CH93)<sup>18</sup>, excluye las kafalas de su ámbito de aplicación, y la legislación española exige, para reconocer en España una adopción constituida en el extranjero, que exista equivalencia sustancial en el contenido de la “adopción extranjera” con la regulada en nuestro Derecho, equivalencia que no se da en las kafalas<sup>19</sup>.

7. Sin embargo, la LAI, en consonancia con el CH96, prevé la producción de efectos en España de las kafalas y otras medidas de protección de menores adoptadas en el extranjero, siempre que reúnan determinados requisitos. En su artículo 34 regula un reconocimiento incidental registral, que, sin embargo, no impedirá, a las partes, si lo desean, acudir a un procedimiento de exequatur<sup>20</sup>. Los kafiles

<sup>11</sup> Guarda y custodia, obligación de alimentos, administración de sus bienes, derecho a las ayudas económicas previstas para las familias con hijos y la responsabilidad civil. Además, en algunos casos se permiten hacer legados a favor de menor e incluso otorgarle los apellidos del kafil, como sucede en el caso del Auto comentado.

<sup>12</sup> Resolución DGRN núm. 62/2015 de 12 junio. (JUR 2016\40928) en la que se niega este efecto respecto de unos kafiles que como representantes legales del makfoul, solicitaban en su nombre la nacionalidad española por residencia. Como precedente, Resolución DGRN núm. 91/2013 de 4 noviembre. (JUR 2014\1996).

<sup>13</sup> Circular 8/2011, de 16 de noviembre de 2011, de la FGE (JUR 2011\395482) y Dictamen 3/2016 del FGE.

<sup>14</sup> SAVE THE CHILDREN (2008), *Esclavos puertas adentro: Las peores formas de trabajo infantil doméstico*, Madrid.

<sup>15</sup> Un exhaustivo análisis de ambas se realiza en una circular del Ministerio de Justicia francés: Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France. (NOR: JUSC1416688C; BOMJ n°2014-11 du 28 novembre 2014 – JUSC1416688C).

<sup>16</sup> Z. COMBALÍA, M.P. DIAGO DIAGO, M. GONZÁLEZ VARAS, *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid: Iustel, Madrid 2011, pp. 11-159. INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE, CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE FAMILIA, *Ficha de formación* n° 51. <http://www.iss-ssi.org>.

<sup>17</sup> N. MARCHAL ESCALONA. “Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles. Paix et Sécurité Internationales. N° 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230

<sup>18</sup> BOE de 1 de agosto de 1995.

<sup>19</sup> Artículo 26.2. de la LAI.

<sup>20</sup> Art. 26.1. del CH96, art. 41.2 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC-BOE de 31 de julio de 2015) y art. 11 de la Ley de jurisdicción voluntaria (BOE de 3 de julio de 2015). La jurisprudencia ha admitido en ocasiones el reconocimiento incidental (Auto de la AP de Sevilla, Sección 2ª, de 16 enero 2007 (JUR\2007\178227)), o por exequatur (Sentencia núm. 643/2016 de 2 septiembre del TSJ de Madrid, JUR 2016\241572).

promoverán una anotación en el Registro Civil español de la kafala, y el Juez encargado verificará si la kafala se ajusta a lo previsto en el CH96 o en la LAI, operando así su “reconocimiento incidental”, verificación cuyo alcance depende de que el niño provenga de un Estado parte en el CH96 (como Marruecos) en cuyo caso el art. 23 CH96 prevé un reconocimiento “de pleno derecho”, pero también unas causas de denegación del mismo, o que el niño provenga de un Estado no parte, en cuyo caso se aplicarán las condiciones previstas en el art. 34 de la LAI. Una vez reconocida, y aunque se anote en el RC como acogimiento o tutela, desplegará en España los efectos previstos en el ordenamiento marroquí, tal y como establece el art. 44.4 de la LCJIMC<sup>21</sup>.

8. La tercera cuestión a analizar es, precisamente, a la que se refiere el Auto, y otros anteriores en el mismo sentido<sup>22</sup>, a diferencia de otros<sup>23</sup>: la prohibición de constituir una adopción en España tras la kafala en el país de origen, prohibición que se contempla también en la legislación de diversos países europeos<sup>24</sup>, y que, según el TEDH, no constituye una injerencia en la vida familiar<sup>25</sup>. Ya he expuesto en los otros trabajos citados, cómo la kafala se utilizó en el pasado por familias europeas, y españolas como alternativa a la adopción internacional<sup>26</sup> y cómo el Gobierno de Marruecos cerró las kafalas a los extranjeros que no residían en ese país, para evitar que, por esta vía pudiera “burlarse” la prohibición islámica de la adopción<sup>27</sup>. La prohibición se justifica en que si se constituye una adopción tras una kafala, la adopción es “claudicante”, toda vez que no es válida en el país de origen del niño y por tanto puede comprometer su seguridad jurídica<sup>28</sup>. Además, las kafalas no se llevan a cabo con los estándares del CH93 ya que la determinación de idoneidad de los adoptantes, la adoptabilidad del niño y sobre todo la asignación, siguen cauces alternativos a los del procedimiento administrativo general de la adopción internacional. Finalmente, la utilización de la kafala para proceder posteriormente a una adopción puede suponer, en algunos casos, un fraude a las normas del país de origen, que exigen para dar a un menor en *kafala* la profesión de fe islámica de quienes le acogen, y la residencia en ese país.

9. El proyecto de ley de LAI en 2007 previó por primera vez en Derecho español esta prohibición, que, sin embargo, desapareció del texto final debido a las enmiendas presentadas y aceptadas en el Con-

<sup>21</sup> La sentencia de la AP de Alicante de 16 de octubre de 2019 ya citada, sin embargo, ante un divorcio de dos kafales, niega equivocadamente el derecho de alimentos del makfoul: “esta institución jurídica marroquí, no tiene una correspondencia en nuestro derecho con los vínculos de filiación que regula el artículo 91 CC y que a través del divorcio pretendido puede conllevar la constitución de una serie de medidas reguladoras de las relaciones paterno filiales y económicas pretendidas por la parte, ni como alimentos no tampoco como cargas del matrimonio”.

<sup>22</sup> Autos de la AP de Barcelona núm. 235/2019 de 28 mayo, de la AP de Valencia de 5 de mayo de 2020 núm. 57/2019 de 27 junio de la AP de León, ya citados.

<sup>23</sup> Autos citados críticamente por el que comentamos, y por M. GUZMÁN ZAPATER. “Kafala y Derecho español tras la reforma de la Ley 54/2007. A propósito del Auto AP de León de 27 de junio de 2019. CDT (Octubre 2020), Vol. 12, No 2, p. 1042: Islas Baleares de 25 de octubre de 2017 y Girona de 18 de diciembre de 2017.

<sup>24</sup> Así lo recoge la Sentencia Harroudj c. Francia de 4 de octubre de 2012 del TEDH (REC 43631/2009): “Dans certains des Etats (Finlande, Suisse, Danemark, Suède, Belgique), la législation ou la pratique internes expriment une certaine réticence face à l’adoption d’enfants en provenance de pays interdisant l’adoption – par exemple, en imposant des conditions supplémentaires dans une telle hypothèse».

<sup>25</sup> Chbihi Loudoudi y otros contra Bélgica. Sentencia de 16 diciembre 2014. (TEDH 2014\101).

<sup>26</sup> Así se pone de manifiesto en diversas resoluciones judiciales y administrativas: Auto de la AP de Santander de 30 de abril de 2015 (JUR 2015\275325), Sentencia de la AP de Valladolid de 12 de abril de 2013 (JUR 2013\182397), Sentencia de la AP de Málaga de 31 de junio de 2016, (JUR 2016\267412) y Resolución DGRN núm. 28/2016 de 29 enero. (JUR 2016\217954).

<sup>27</sup> Circular n° 40 S/2 del Ministro de Justicia y de las libertades marroquí de julio de 2012. Un comentario a la misma de P. DIAGO DIAGO http://www.millenniumdipr.com/e-68-5-n%C2%

<sup>28</sup> El caso resuelto por el Auto de la AP de Valencia de 5 de mayo de 2020 es un buen ejemplo: los kafales son los tíos de la menor y pretenden su adopción en España, que se les niega por el art. 19 LAI. De haberse constituido la adopción en España, se habrían convertido en padres adoptivos, filiación no reconocida en Marruecos, país en el que tiene además padres biológicos. También lo es un caso anterior de la misma AP de 19 de diciembre de 2017 (ECLI: ES: APV:2017:3805) en el que se aplica el régimen jurídico anterior, y revoca la adopción de una menor kafalada en Marruecos por no haber cumplido con el trámite del art. 177 del CC de oír a la madre biológica. Los solicitantes alegan: *que la comisión rogatoria para que la madre de la menor sea oída sobre la adopción podría dar lugar a perjuicios irreparables, en tanto que Marruecos prohíbe la adopción y el juzgado que concedió la «kafala» a favor de los demandantes, de enterarse, podría extinguir de oficio ese derecho.*

greso de los Diputados durante su tramitación<sup>29</sup>. La norma se ha vuelto a incluir en la LAI con el mismo texto y en el mismo artículo (ubicación sistemática que el Auto comentado crítica) tras reforma operada por Ley 26/2015<sup>30</sup>, y en este caso no se aceptaron las enmiendas que proponían su supresión<sup>31</sup>. La regla impide la adopción posterior en España si está prohibida por la ley *nacional* del niño y, por tanto, como ha señalado el Dictamen 3/2016 del FGE, “la limitación contenida en el apartado 4 del art. 19 de la Ley de Adopción Internacional, requiere que el menor conserve su nacionalidad de origen, ya que, si el menor adquiere la nacionalidad española, tal limitación dejaría de ser operativa”<sup>32</sup>. Así lo ha señalado también el TEDH en 2012 en el caso Harroudj contra Francia<sup>33</sup>. Tampoco opera en los casos de niños declarados en desamparo y tutelados por la Entidad pública en España, como también recoge el Derecho francés<sup>34</sup> y es precisamente a estos casos, a los que se refiere la Exposición de motivos cuando señala que la prohibición tiene *alguna matización*<sup>35</sup>. Finalmente, como se ha puesto muy oportunamente de relieve<sup>36</sup>, una tercera excepción a la prohibición es la adopción cuando el *makfoul* haya llegado a la mayoría de edad.

10. Finalmente, se ha planteado en dos recientes resoluciones judiciales, la transformación por los tribunales españoles de una kafala en un acogimiento o en una tutela. En el primer caso procede dicha transformación<sup>37</sup>, pero en el segundo se atribuye a la solicitante la guarda de hecho de su sobrino con funciones tutelares<sup>38</sup>.

### III. La kafala en el Derecho de extranjería y nacionalidad español

11. Dado que las kafalas estudiadas implican el traslado del niño a España, es oportuno analizar los aspectos de Derecho de extranjería y de nacionalidad, que, en casos como el presente, pueden estar condicionando o “contaminando” los aspectos de Derecho privado. Lo primero que debe advertirse es que el menor debe haber sido autorizado a salir del territorio de su Estado de origen, existiendo al respecto diversas exigencias en la legislación de extranjería de dichos Estados para autorizar la salida<sup>39</sup>. En el Auto estudiado, la AP señala que el Tribunal de Tánger no autorizó ni su desplazamiento a Espa-

<sup>29</sup> En la nº 62 de Izquierda Unida-ICV, la justificación es llamativa: “se intenta dar respuesta a una realidad sociológica relativamente frecuente no solo en Cataluña, sino en Andalucía y en otras comunidades, de familias que marchan a Marruecos a buscar un hijo al que acogen en kafala tras declarar formalmente su conversión al Islam”.

<sup>30</sup> Art. 19.4. *En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.*

<sup>31</sup> Crítica con esta reforma es E. RODRÍGUEZ PINEAU. “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción internacional” *Derecho Privado y Constitución*, nº 31, 2017, pp. 398-9.

<sup>32</sup> M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de Kafala y Ley Nacional del Adoptando”, *CDT* vol. 10, nº 2, octubre 2018, pp. 932-933.

<sup>33</sup> de 4 de octubre de 2012 (TEDH 2012\89).

<sup>34</sup> L’adoption d’un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France (art. 370-3 Code civil français).

<sup>35</sup> “La imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, *con alguna matización*, para evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor”. El Auto señala que alguna resolución judicial ha interpretado, en otro sentido, esta “matización” sobre la prohibición.

<sup>36</sup> M. GUZMÁN ZAPATER. “Kafala y Derecho español..” op. cit. p. 1040.

<sup>37</sup> En el Auto de la AP de León de 27 de junio de 2019 ya citado, se acuerda la constitución de un acogimiento familiar permanente de una menor kafalada judicialmente; la base jurídica es el art. 34 de la LAI, pero no se trata como un reconocimiento sino como una constitución *ex novo* de un acogimiento familiar permanente para el que se han solicitado informes a la Entidad Pública de protección de menores. Vid el comentario de M. GUZMÁN ZAPATER, “Kafala y Derecho español..” op. cit.

<sup>38</sup> Se trata del Auto de 11 de junio de 2020 de la AP de Barcelona; ante la demanda presentada una kafil argelina residente en España a la que le han entregado el cuidado de su sobrino a través de una kafala notarial, solicita a los tribunales españoles la privación de la patria potestad de los padres y la posterior constitución una tutela de su sobrino para poder ostentar su representación legal. La Audiencia no considera que los padres, residentes en Argelia, puedan ser privados de la patria potestad y por ello se atribuye a la kafil la guarda de hecho con funciones tutelares prevista en arts. 222-35 a 222-47 del Codi Civil de Catalunya. Esta solución es adecuada, ya que la misma AP había negado anteriormente la constitución de tutelas: Autos de la AP de Barcelona de 12 abril de 2011 (JUR 2011\321814), núm. 116/2011 de 17 mayo (JUR 2011\293829) y de 26 julio de 2011 (JUR 2011\405248).

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. “Algunos aspectos del Derecho de extranjería en la adopción internacional”, En RODRÍGUEZ BENOT, A. GONZÁLEZ MARTÍN, N. *Estudios sobre adopción internacional*. UNAM México, 2001, p. 256. Las novedades en Marruecos a partir de 2012 las expuse en “Un estudio de caso sobre adoptabilidad...”. Op. cit.

ña ni que fijara aquí su residencia permanente. Quizá por esa razón los kafiles solicitan su adopción<sup>40</sup>. Contrasta la “prohibición de salida” de Marruecos en este caso, con la autorización de salida del caso resuelto por la misma AP un día después en el que ante una kafala notarial argelina, no solo se permite la salida de Argelia, sino que accede a España con un visado español.

**12.** Desde la perspectiva del Derecho español de extranjería, no existe ninguna previsión expresa relativa a la kafala, aunque se han aprobado diversas Instrucciones de los Centros directivos competentes al respecto<sup>41</sup>. En la práctica se ha excluido la aplicación del régimen de comunitarios aunque el kafil sea español (como el supuesto del Auto), entendiendo que, dado que la kafala no establece vínculos de filiación, los makfoules no son beneficiarios de reagrupación familiar por no ser estrictamente “descendientes”<sup>42</sup>. Sin embargo, la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019<sup>43</sup>, considera que si los makfoules están tutelados por kafiles, y llevan una vida familiar efectiva pueden tener el derecho de entrada y residencia como «otro miembro de la familia» de un ciudadano de la Unión<sup>44</sup>. Esta interpretación, consistente con el interés superior del niño y el respeto a su vida familiar, ya fue recomendada por el Defensor del Pueblo al Centro directivo responsable de la inmigración, solicitando que se incluyesen estos supuestos en el ámbito de aplicación del régimen comunitario<sup>45</sup>.

**13.** Si ninguno de los kafiles es español o ciudadano de la UE, el tratamiento de extranjería depende del tipo de kafala<sup>46</sup>. Si se trata de una kafala judicial de un menor huérfano o de padres desconocidos con tutela dativa, en aplicación del régimen general de extranjería, el kafil deberá solicitar para el makfoul un visado de reagrupación familiar regulado por la Ley de extranjería<sup>47</sup>, para el cual debe aportar una determinada documentación<sup>48</sup> y reunir unas determinadas condiciones, entre las que destacan los recursos económicos y la vivienda adecuada, condiciones que, si no se cumplen, pueden suponer una denegación de entrada. La jurisprudencia ha ratificado este tratamiento legal reconociendo la expedición de un visado de este tipo en las kafalas judiciales siempre que se demuestre la representación legal, la tutela dativa, y la asignación judicial y no intrafamiliar<sup>49</sup>. En un reciente caso, en que se había negado el

<sup>40</sup> Es justamente lo que sucede en el Auto de la misma AP de 28 de mayo de 2019, en un caso similar de menor declarado en desamparo y kafalado judicialmente. Marruecos autoriza la salida, pero las autoridades españolas no le conceden el visado. Los padres, residentes en Barcelona, 5 años después solicitan la adopción: *el menor vive prácticamente desde su nacimiento con los actores en Marruecos, y ante la imposibilidad de ser trasladado a España al estarle vedada la posibilidad de obtención de residencia, solicitan su adopción*.

<sup>41</sup> Instrucción- consulares nº 404 de 11 de noviembre de 1996 sobre criterios que rigen la actuación consular en materia de adopción internacional, Instrucción de la DG de Inmigración de 1 de diciembre de 2004, Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal.

<sup>42</sup> En este sentido sentencias del TSJ de Madrid, 12 septiembre de 2007 (JUR\2009\33365) y TSJ de Andalucía, de 19 junio 2007 (JUR\2008\52873).

<sup>43</sup> ECLI:EU:C:2019:248.

<sup>44</sup> Art. 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38, y 2 bis del RD 240/2007 de Comunitarios. I.E. LAZARO GONZÁLEZ, “Kafala y vida familiar desde el Derecho de extranjería. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran sala) de 29 de marzo de 2019. REEI nº 37, 2019, pp. 32-8; M. J. SANCHEZ CANO, “la aplicación de la Directiva 2004/38/CE en supuestos de kafala internacional”. CDT, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 713-727; N. MARCHAL ESCALONA. “La kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”. La Ley Unión Europea, nº 71, 2019.

<sup>45</sup> E. ARCE. “La kafala marroquí la legislación de extranjería” Revista de derecho migratorio y extranjería, nº13, 2006, p. 276.

<sup>46</sup> Sentencias del TSJ de Madrid, de 2 de octubre de 2008 (JUR 2008\27362) y de 9 de julio de 2009 (JUR 2009\431240).

<sup>47</sup> Art. 17. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Reformada por LO 8/2000, LO 14/2003, LO 2/2009, LO 10/2011, y RDL 16/2012).

<sup>48</sup> Instrucción de servicio nº 37 de la Subdirección general de Asuntos de extranjería de 21 de abril de 2009.

<sup>49</sup> Por ello, en general, se han denegado visados en casos de kafalas “judiciales” intrafamiliares: Sentencias del TSJ de Madrid, de 11 de junio de 2008 (JUR 2008\294139), de 11 de septiembre de 2008, (JUR 2009\42129), de 25 febrero de 2010 (JUR 2010\166841), núm. 610/2015 de 8 junio (JUR 2015 181405) y núm. 139/2016 de 18 febrero (JUR 2016\77878). Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 635/2014 de 16 julio (JUR 2015\627). Sin embargo, ha habido excepciones en kafalas judiciales intrafamiliares pero con declaración de abandono y tutela dativa: Sentencias del TSJ de Madrid: 16 marzo de 2006, (JUR\2006\14892) y dos de 2008 (de 3 de abril -JUR\2008\189480- y 2 octubre -JUR\2009\27362-). E incluso ha habido excepciones en kafalas notariales homologadas judicialmente: TSJ de Madrid, de 23 mayo de 2005 (JUR 2006\214863); TSJ de Madrid, 14 marzo de 2008 (JUR 2008\217100); Sentencia del TSJ de Andalucía de 23 de mayo de 2019 ya citada.

visado por no aportar el libro de familia de la menor, cuando en Marruecos los hijos de madre soltera no tienen libro de familia, el TSJ de Madrid ha eximido de este requisito<sup>50</sup>.

**14.** En caso de kafalas notariales, según la Instrucción de la Dirección General de Migraciones de 27 de septiembre de 2007, se entiende que el “kafil” no puede ser considerado «representante legal» del menor extranjero, y se propone que el visado se tramite por el procedimiento que regula el desplazamiento temporal de menores extranjeros por motivos de estudios o humanitarios (arts. 187 y 188 del Reglamento de extranjería<sup>51</sup>). La jurisprudencia ha confirmado este tratamiento en virtud del cual no procede en estos supuestos el visado por reagrupación familiar<sup>52</sup>, ni la posterior autorización de residencia<sup>53</sup>, aunque se advierten algunas excepciones<sup>54</sup>. En los casos en los que el menor había entrado ya en España se ha concedido en alguna ocasión la “exención de visado”<sup>55</sup> y en otros ha sido denegada<sup>56</sup>. Ha habido algún otro caso en el que la solicitud “peculiar” ha sido de un visado de turismo, para estancia corta de 7 días que se ha denegado<sup>57</sup>. La dificultad de articular los cauces para regular la entrada y residencia legal de estos menores, respecto de los que se ha constituido una kafala notarial, se ha dado también en otros países de Europa, como pone de relieve la sentencia ya citada del TEDH de 16 de diciembre de 2014. Debe tenerse presente que si el kafil no es el representante legal del menor, y éste permanece en el país de origen, se plantean serios problemas de todo tipo relacionados con la representación legal y la seguridad jurídica del menor. Es evidente, de nuevo, que el carácter de representación legal, y su prueba, es la clave jurídica de muchos de estos casos.

**15.** En relación al Derecho de nacionalidad, la kafala no atribuye *ex lege* la nacionalidad española al kafil si el makfoul es español, toda vez que no puede calificarse como adopción (artículo 19.1 del Código Civil). Tampoco es posible que el kafil ejerza el derecho de opción a la nacionalidad española en favor del makfoul, como ha señalado la DGRN<sup>58</sup>. Sin embargo, podrá solicitarse la nacionalidad del makfoul tras un año de residencia legal en España según lo previsto en el artículo 22 del Código Civil, si bien en algún caso no se ha permitido al kafil que la solicite en su nombre por negarle su carácter de representante legal<sup>59</sup>. La obtención de la nacionalidad española puede ser muy relevante en casos de posterior ofrecimiento para una adopción ante juez español, como actualmente permite la legislación española, tal y como ha señalado el FGE en su Dictamen 3/2016.

<sup>50</sup> 31 de mayo de 2019 (ECLI:ES: TSJM: 2019:8516).

<sup>51</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE de 18 de junio de 2011).

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 diciembre 2011. (JUR 2011\433222), y sentencias de otros tribunales: TSJ de La Rioja de 21 febrero de 2005 (JUR 2006\291265); TSJ de Madrid de 20 septiembre de 2006 (JUR 2008\54022); de 11 octubre de 2007 (JUR 2008\47910); de 5 de junio de 2008 (JUR 2008\294252); de 10 julio de 2008 (JUR 2008\315217); de 16 de junio de 2009 (JUR 2009\408525); de 11 febrero de 2010 (JUR 2010\168494); de 25 junio de 2010 (RJCA\2010\690); de 20 mayo de 2011 (JUR 2011\280497). TSJ de Andalucía de 14 enero de 2005 (JUR 2007\51157), y de 30 noviembre de 2007 (JUR 2008\304658); TSJ País Vasco de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009\3819), del TSJ de Castilla-La Mancha 8 noviembre de 2010 (JUR 2011\42243); TSJ de Cataluña de 30 diciembre de 2009 (JUR 2010\159627); TSJ de Madrid nº 659/2016 de 26 de septiembre de 2016 (JUR 2016\240895); TSJ de Cataluña núm. 86/2016 de 18 febrero (JUR 2016\130950); TSJ del País Vasco, núm. 147/2015 de 3 marzo. (JUR 2015\133783); TSJ de Cataluña de núm. 44/2015 de 22 enero. (JUR 2015\153408).

<sup>53</sup> Sentencias de la Audiencia Nacional de 2 febrero 2011 (JUR\2011\68466), del TSJ de Castilla-La Mancha de 17 marzo de 2011 (JUR 2011\167479), del TSJ de Cataluña de 21 octubre de 2010 (JUR 2011\151541), del TSJ de Madrid de 18 marzo de 2009 (JUR 2010\270275).

<sup>54</sup> Sentencias del TSJ de Cataluña de 15 julio de 2011 (JUR 2011\323594) y del TSJ de Madrid núm. 643/2016 de 21 septiembre. (JUR 2016\241572).

<sup>55</sup> Sentencias del TSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2006\94014) y de 21 octubre 2005 (JUR 2006\71643).

<sup>56</sup> Sentencias del TSJ de Andalucía de 20 julio de 2009 (JUR 2010\6041), del TSJ de Aragón de 21 junio de 2005 (JUR 2006\137207) y del TSJ de Madrid de 11 de abril de 2019 ya citada.

<sup>57</sup> TSJ de Madrid de 11 de abril de 2019, ya citada.

<sup>58</sup> Resoluciones de 1 de febrero de 1996, de 21 de marzo de 2006 (JUR 2007\111879), núm. 4/2011 de 29 marzo. (JUR 2012\86539), núm. 25/2012 de 29 octubre (JUR 2013\322447), núm. 106/2013 de 15 noviembre. (JUR 2014\214471; núm. 11/2011 de 6 septiembre (JUR 2012\198189).

<sup>59</sup> Resolución núm. 62/2015 de 12 junio ya citada.

#### **IV. Consideraciones finales**

**16.** La prohibición de constituir una adopción en España tras una kafala en el país de origen del niño incluida en art. 19.4 de la LAI en 2015, y aplicada adecuada y justificadamente por la AP de Barcelona, al igual que prohibiciones similares en otros Derechos europeos, ha supuesto que esta figura del Derecho de familia islámico haya dejado de utilizarse como alternativa a la adopción internacional por parte de familias españolas y europeas. Sin embargo, la inexistencia de una adecuada regulación en la normativa de extranjería, española, pero también de algunos países de origen, está abocando a kafales de origen islámico residentes en Europa, como los del Auto analizado, a acudir a la adopción como alternativa para que el niño pueda entrar y residir en España; así sucedió también en el caso Chbihi Loudoudi y otros contra Bélgica resuelto por el TEDH en 2014. La solución propuesta por la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 puede ser adecuada si el kafil ha adquirido ya la nacionalidad española, pero en caso contrario, el análisis de este Auto y otros muchos, pone de relieve una necesaria reforma de nuestra legislación de extranjería que garantice a los menores extranjeros que han sido objeto de esta medida de protección, su derecho a vivir en familia como parte esencial de su derecho a que su interés superior sea la consideración primordial en todas las decisiones que les afecten.

ACCIÓN DE DESPIDO LABORAL, LEY APLICABLE  
Y CUESTIÓN CALIFICATORIA VINCULADA A LA  
PRESCRIPCIÓN. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA  
N.º 300/2020 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE MADRID, SALA DE LO SOCIAL

LABOUR DISMISSAL ACTION, APPLICABLE LAW AND  
QUALIFICATION ISSUE LINKED TO THE PRESCRIPTION:  
FOR THE PURPOSE OF JUDGMENT NO. 300/2020 OF THE  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF MADRID, LABOUR  
CHAMBER

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

*Investigadora Becaria predoctoral. Gobierno Vasco  
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Recibido: 04.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5982>

**Resumen:** La resolución judicial objeto del presente comentario resuelve de manera satisfactoria tres cuestiones claves vinculadas al ámbito del DIP: la calificación de la institución de la prescripción, la ley aplicable a un pleito de naturaleza laboral con dimensión transfronteriza y por último, la interacción entre los bloques normativos que entran en juego. En particular, la decisión judicial descarta la calificación como procesal de la institución de la prescripción y deriva de ello de forma correcta la aplicación de la *Lex Contractus* (en este caso, la ley dominicana). Sorprende en todo caso la ausencia de toda referencia a la norma de conflicto aplicable al litigio resuelto, concretada en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

**Palabras clave:** prescripción, cuestión calificatoria, reenvío, norma de conflicto, bloques normativos.

**Abstract:** The judicial resolution that is the subject of this comment satisfactorily resolves three key issues related to the scope of the International Private Law: the qualification of the statute of limitations, the determination of the law applicable to a lawsuit of a labor nature with a cross-border dimension and finally, the interaction between the normative blocks that come into play in the litigation case. In particular, the resolution discards the procedural qualification of the prescription and derives from it the application of the *Lex Contractus* (Dominican Law) to it. In any case, the absence of any reference to the conflict rule applicable to litigation, such as the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations, is surprising.

**Keywords:** prescription, qualifying question, renvoi, conflict rule, normative blocks.

**Sumario:** I. Consideraciones introductorias. II. Supuesto de hecho. III. Competencia Judicial Internacional. IV. Incorrecta secuencia argumental formulada en el recurso de suplicación. V. Confusión argumental de la Abogacía del Estado: norma de conflicto y reenvío. VI. La cuestión calificatoria. VII. Consideraciones finales.

## I. Consideraciones introductorias

1. Este comentario se ciñe a las cuestiones de Derecho Internacional Privado que emergen en la resolución objeto del mismo, dejando al margen las cuestiones jurídico-materiales de orden sociolaboral suscitadas en el marco de litigio. Desde un punto de vista subjetivo el caso concierne el despido de una trabajadora de nacionalidad española que desarrolla su actividad estrictamente laboral (sin función alguna de representación diplomática) en el Consulado de España en Santo Domingo (República Dominicana).

2. La Sentencia nº 300/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección nº5 de lo social) tiene por objeto el recurso de suplicación (nº 322/2019) interpuesto por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº20 de Madrid en autos nº 898/2018. Este último recurso fue presentado a raíz de la sentencia de instancia por la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por la actora, condenando al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación al abono a la actora (empleada del Consulado de España en Santo Domingo) de un importe en concepto de diferencias salariales por desarrollar funciones de categoría superior (auxiliar administrativo) a la que realmente ostentaba (subalterno).

3. En el recurso de suplicación se invoca de forma confusa y equívoca por parte de la Abogacía del Estado la aplicación de la ley sustantiva o material española (en particular, el Estatuto de Trabajadores, en adelante ET) argumentando literalmente que: *“En el segundo motivo del recurso, se denuncia, de conformidad con la letra c) del artículo 193 de la LRJS, la aplicación indebida de los artículos 12.2 del Código Civil, en relación con el 59.2 del Estatuto de los Trabajadores y 243 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, argumentándose que si la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra que no sea la española, siendo las normas relacionadas con la prescripción normas de tipo procesal, a la actora se le debió aplicar el plazo anual de prescripción contenido en el artículo 59 del ET por entender que la prescripción que en él se regula “no se refiere a la creación del derecho, sino a un ejercicio, lo que presupone su existencia previo, por su titular. No es, por tanto, la prescripción del ejercicio de las acciones, que tiene como fundamento último el principio de seguridad jurídica al impedir que pueda ser demandado indefinidamente, “sine die” quien, en su caso debiera abonar las cantidades reclamadas por el demandante, un derecho regulado por la ley material, sino por la procesal que regula el ejercicio no la existencia del derecho en cuestión”.*

4. No obstante, y frente a tal invocación argumental, la sentencia objeto de estudio descarta tal calificación, y señala que: *“Esta Sección acoge, sin embargo, los argumentos para justificar la aplicación de las normas extranjeras en materia de prescripción de acciones derivadas del contrato de trabajo, se contienen no solo en la sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 24-5-04, RS nº 5602/03, como bien se apunta en la impugnación del recurso, sino en la sentencia de la Sección Tercera de 18-3-16, RS nº 671/15, en la que se explica que el plazo de prescripción es de carácter sustantivo o material, de hecho la excepción se ha venido considerando una excepción de fondo o de carácter material y no una excepción procesal y así se ha señalado por esta Sala en un supuesto muy similar en sentencia de 11 de diciembre de 2015...”* El reproche carece de fundamento porque si bien el artículo 12 del CC (EDL 1889/1) dispone que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española, el plazo de prescripción de cinco años marcado por la legislación uruguaya es de naturaleza sustantiva o material, no procesal que haga prevalente la aplicación del plazo de un año del art. 59 del ET, debiéndose de recordar para que un plazo se pueda calificar de procesal es preciso que tenga como punto de partida una actuación de igual clase, como una notificación, una citación o un emplazamiento. Los plazos sustantivos son los establecidos para ejercitar los derechos jurídico-materiales, como pueden ser, por ejemplo, los plazos de prescripción y caducidad fijados en el Código Civil y en leyes especiales para ejercitar ciertos derechos, facultades o poderes y que en la mayoría de casos se concretan en el ejercicio de una acción judicial que, además, de ser la específica actuación exigida al titular del derecho para

*evitar su caducidad, sirve a la vez para iniciar el proceso. Solo gozan de condición de plazos procesales aquellos que marcan los tiempos del proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial, y en el caso enjuiciado el ejercicio de la acción dentro de los cinco años reclamando las diferencias salariales es anterior al inicio del proceso laboral”.*

## II. Supuesto de hecho

5. En la sentencia recurrida en suplicación por la Abogacía del Estado se consignaron los hechos declarados probados. La actora, que interpuso la demanda frente al Ministerio en reclamación de cantidad, presta servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación desde el año 2006 en el Consulado de España en Santo Domingo, y ello en virtud de sucesivos contratos temporales. La categoría de dicho puesto consta en nómina de ordenanza y en el último contrato temporal (de fecha 19 de abril de 2009) consta la categoría de auxiliar.

6. Unos meses más adelante, en agosto del 2009, las partes suscribieron un contrato de trabajo indefinido, con categoría de subalterno (en la hoja de servicios figura la categoría profesional de subalterno).

7. Respecto a las tareas/funciones llevadas a cabo por la actora, en los autos consta Acta de manifestaciones de 6 auxiliares administrativas y una oficial, compañeras de la actora en la Oficina Consular de España en Santo Domingo realizadas ante el Cónsul Adjunto de España en fecha 12 de noviembre de 2018. La citada Acta (que se dio por reproducida) consigna las manifestaciones de las comparecientes en relación a las funciones que la actora realizó sucesivamente. Cuatro de ellas coincidieron en el Departamento de Visados, tres en el Registro Civil y una en el de Matrícula.

8. Desde el mes de mayo de 2017 la actora trabaja en el Departamento de atención a los nacionales del consulado, en el Registro de Matrícula. Dicha función la realiza bajo la supervisión de la Oficial Administrativo o del Cónsul Adjunto. Es importante subrayar que la actora no realiza funciones que impliquen toma de decisión alguna. También realiza las tareas de atención al resto de unidades que le encomienda el Cónsul General, dentro de su categoría. Anteriormente trabajaba en el Departamento de Registro Civil donde realizó diversas labores de asistencia a otras compañeras, pero sin adoptar decisiones o resolver expedientes.

En los períodos que estuvo en los departamentos de Visados Registro Civil y Matricula, la actora realizó las mismas funciones que sus compañeras auxiliares.

9. Respecto a las nóminas percibidas por la actora desde el inicio de la relación laboral, la demandante manifestó que existía una gran diferencia entre el salario percibido por ella y los salarios que percibieron sus compañeras que ostentaban el mismo puesto de trabajo, categoría auxiliar.

10. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación al abono a la actora de las diferencias salariales por desarrollar funciones de categoría superior (auxiliar subalterno) a la que realmente ostentaba (subalterno) y frente a dicho pronunciamiento se interpuso el recurso de suplicación.

## III. Competencia Judicial Internacional

11. Siguiendo el lógico y adecuado razonamiento de aproximación internacional privatista al litigio cabe analizar en primer lugar la dimensión relativa a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para el conocimiento del mismo. Tal cuestión no ha sido objeto de debate en la *litis*: en ausencia de previsión de tal cuestión en el contrato que ligaba a ambas partes, la parte actora formula la demanda ante los tribunales españoles correspondientes al domicilio de la parte demandada

(foro general) no suscitándose controversia alguna en cuanto a la competencia judicial ni cuanto al *prius* relativo a la propia jurisdicción de los tribunales españoles. Por tanto, y desde una óptica de Derecho Internacional Privado, el debate se centra en la determinación del ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la reclamación salarial objeto del litigio y a la norma de conflicto que éstos deberán utilizar para resolver tal cuestión.

**12.** La ausencia de toda referencia a la cuestión de la competencia judicial internacional y en particular al foro o criterio de competencia de atribución invocable para justificar la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de este supuesto jurídico privado internacional residenciado en el orden jurisdiccional social justifica la inclusión en este comentario o Nota de diferentes referencias jurisprudenciales que muestran un acertado manejo de las fuentes normativas relativas a la determinación de la competencia judicial internacional en este orden o materia social:

Así, y entre otras, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019<sup>1</sup>, al señalar en su Fundamento Jurídico primero que,

*“La Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Justicia de Baleares en la sentencia de fecha 11 de julio de 2016 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó el recurso de demandante, y declaró la competencia de los Tribunales españoles, del Juzgado de procedencia, para conocer de la pretensión de despido formulada en la demanda, acordando, en consecuencia la devolución de los autos para que el Juzgado resolviera tal demanda. En su extensa y razonada justificación jurídica, la sentencia analiza detalladamente la incidencia que para la resolución del problema tienen los arts. 4.1, 18, 21 y 23.5 del Reglamento CE 44/2001, “Bruselas I” aplicable al caso por razones temporales, partiendo en su explicación de la ineficacia de la cláusula de atribución de jurisdicción pactada en la estipulación novena del contrato, para concluir, desde aquellos preceptos, con cita de varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en particular de la de 19 de julio de 2012- asunto C-154/11- analiza el alcance y literalidad del art. 18 del Reglamento, en los siguientes términos: “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro”.*

**13.** En el supuesto litigioso ahora planteado no llegó a suscitarse debate alguno en relación a la existencia de inmunidad de jurisdicción, toda vez que ambas partes litigantes admitieron de forma incuestionada la jurisdicción y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles; pero el debate acerca del alcance de la regla de inmunidad de jurisdicción se ha formulado con cierta frecuencia ante instancias judiciales españolas en litigios que, como el del presente supuesto, se centran en el ámbito de una acción de despido laboral. Sobre tal específica cuestión de la invocación de la inmunidad de jurisdicción cabe citar la sentencia antes mencionada del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019, al indicar en su fundamento jurídico cuarto que,

*“Desde esa perspectiva normativa debe decirse que la sentencia recurrida aplicó debidamente los preceptos que ahora vamos a examinar, teniendo en cuenta que estamos en presencia de la situación de hecho antes descrita: se trata del despido de un trabajador de nacionalidad holandesa, domiciliado en Palma de Mallorca, que tenía suscrito un contrato de trabajo como capitán de yate con una empresa domiciliada en la isla de Guernsey- no perteneciente por tanto a la Unión Europea- y que la actividad del trabajador se llevaba a cabo en ese yate, que tiene su centro de operación o base estable en el puerto de Palma de Mallorca. El artículo 4.1 del Reglamento 44/2000 previene con carácter general que “Si el demandado no estuviera domiciliado en un Estado Miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuestos en los artículos 22 y 23”.*

<sup>1</sup> STS 19 noviembre 2019 (RJ 2019/4241).

14. Otra línea de reflexión jurisprudencial reciente y vinculada a pleitos derivados de acciones de despido con elemento de internacional viene representada por pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>2</sup> Los tres asuntos presentan una doble coincidencia inicial: se trata de Reclamaciones relacionadas con la vinculación contractual de los/as demandantes para ejercer trabajos por cuenta ajena al servicio de oficinas diplomáticas; y el objeto fundamental de la demanda, aunque no necesariamente el único, es la declaración de que el Estado del foro ha vulnerado su derecho a un proceso equitativo y la obtención de una satisfacción equitativa en el sentido del art. 41 CEDH.

El argumento de fondo es que los tribunales del Estado demandado respectivo les han privado de tal derecho como consecuencia de que, en algún estadio de la tramitación de su acción judicial, se ha procedido a aplicar la inmunidad de jurisdicción al Estado empleador.

#### IV. Incorrecta secuencia argumental formulada en el recurso de suplicación

15. El Abogado del Estado realiza una interpretación incorrecta de lo dispuesto en el antecedente 3º de la resolución judicial ahora comentada. Dicho antecedente dispone lo siguiente:

*“La cláusula 7 del contrato establece que a la trabajadora le será de aplicación el régimen laboral establecido por la Legislación de la República Dominicana y la resolución de 31 de enero de 2008 de la SGAP por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la AGE sobre condiciones de trabajo de personal laboral en el exterior; y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el funcionamiento interno de las Representaciones relacionadas con su actividad.*

*El Código de Trabajo de la República Dominicana obra en los folios 52 a 160.*

*La Resolución de 31 de enero de 2008 de la SGAP por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la AGE sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior (BOE de 6 de febrero de 2008), obra a los folios 174 a 178”.*

16. Es importante subrayar que, frente al tenor literal de la argumentación expuesta por la Abogacía del Estado, de la que cabría inferir que hay una doble y acumulativa elección conflictual de ley aplicable a dicha relación laboral, en realidad, en dicho contrato laboral existe un doble juego de la autonomía de la voluntad de las partes: primero, un ejercicio de autonomía conflictual (concretado en la cláusula 7 del contrato en la elección de ley dominicana como aplicable a tal relación laboral) y en segundo lugar, un ejercicio de autonomía material o sustantiva de las partes (plasmado en el clausulado de dicho contrato y en la incorporación por referencia de la resolución de 31 de enero de 2008 de SGAP por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008, por el que se aprueba a su vez el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, de la Mesa General de Negociación de la AGE sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior). Es decir, mediante tal incorporación por referencia se contractualiza (contenido material no conflictual) el tenor de la resolución citada pero no se realiza una elección conflictual de ley.

17. Otra cuestión para el análisis y debate frente a la incorrecta argumentación de la Abogacía del Estado es la relativa a la concreción de la norma de conflicto utilizable para validar tal autonomía conflictual de las partes. En ese sentido, y como es sabido, el artículo 3.1 del Reglamento Roma I dis-

<sup>2</sup> En particular cabe mencionar tres sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: STEDH 23 marzo 2010 (Gran Sala), *Cudak c. Lituania*, no. 15869/02, §§ 11-18; STEDH 29 junio 2011 (Gran Sala), *Sabeh El Leil c. Francia*, no. 34869/05, §§ 7, 8 y 15; STEDH 17 de julio de 2012 (Gran Sala), *Wallishauser c. Austria*, no. 156/04, § 8. Vid. al respecto J. BONET PÉREZ, “La inmunidad de Jurisdicción del Estado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la relación laboral al servicio de oficinas diplomáticas”, en 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*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 225-230.

pone que “*El contrato se regirá por la Ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”. Ésta constituye la regla primera y principal, así como el “*principio general*” recogido por el Reglamento Roma I para determinar la Ley estatal reguladora de los contratos internacionales. Cabe citar en apoyo de esta interpretación de la norma contenida en el Reglamento Roma-I, la STJUE 18 de octubre 2016,<sup>3</sup> que en su parágrafo 42 establece lo siguiente:

*“Para determinar el alcance exacto del artículo 9 del referido Reglamento, es preciso señalar que del artículo 3, apartado 1, y, en lo que respecta, más concretamente, a los contratos de trabajo, del artículo 8, apartado 1, del mismo Reglamento se desprende que la autonomía de la voluntad de las partes del contrato en lo que atañe a la elección de la ley aplicable constituye el principio general consagrado por el Reglamento Roma I”.*

**18.** La cita del expresado Reglamento europeo puede verse en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2019 <sup>4</sup> relativa a la aplicación de la Ley de Arabia Saudí a la extinción contractual de la relación laboral de un administrativo contable, al servicio de la oficina económica y comercial de España en Riad, al señalar en su Fundamento Jurídico tercero:

*“No es esto lo que se ha resuelto en el caso que analizamos, que, ante el vacío regulatorio del tema de extinción contractual, el mismo Acuerdo que ha regulado la relación laboral entre las partes, remite a la legislación del país donde se presten los servicios, que sí lo hace en la forma y con las consecuencias que se han asumido en el fallo de instancia, partiendo además, de un hecho probado, que no se ha cuestionado ante la Sala, cual es que otros trabajadores que han cesado en la prestación de servicios en la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Riad, han percibido finiquitos por renuncia conforme a la legislación de Arabia Saudí”.*

**19.** Tal y como ha sido indicado, el primer punto de conexión previsto en el Reglamento Roma I para determinar la *Lex Contractus* es, pues, la autonomía de la voluntad conflictual que se define como el derecho subjetivo del que disponen los contratantes consistentes en poder elegir la Ley estatal que regula el contrato en el que son partes. La libre elección de Ley aplicable al contrato por las partes permite dotar de seguridad jurídica al contrato, evita controversias entre las partes en torno a cuál es la Ley aplicable del contrato, facilita la labor del tribunal y hace posible que los contratantes sometan su relación jurídica al Derecho material más adecuado a sus intereses.

**20.** La cláusula de elección de Ley aplicable al contrato evita ulteriores controversias entre las partes en torno a cuál es la Ley del contrato<sup>5</sup>. En este sentido se pronuncia (SAP Islas Baleares 15 octubre 2013 [contrato de retransmisión de carreras de F-1 sujeto al Derecho inglés]<sup>6</sup>). En tal sentido, cuando el contrato está dotado de una cláusula de elección de Ley las partes no litigarán sobre cuál es la Ley reguladora del contrato. Por ello, puede afirmarse que la cláusula de elección de Ley reduce costes de *enforcement* del contrato. Dicha cláusula evita litigar sobre la determinación de la Ley del contrato. Por esta razón, se afirma que la elección, por las partes, de la Ley del contrato, despliega la “función profiláctica”, pues evita conflictos jurídicos.

**21.** La autonomía de la voluntad conflictual sintoniza con la idea de eficiencia: la Ley elegida por las partes es la que mejor resuelve los conflictos entre las mismas porque es la que les permite sol-

<sup>3</sup> STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, § 42.

<sup>4</sup> STSJ Madrid 21 mayo 2019, (RJ 2019/4462).

<sup>5</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo III, Tiran lo blanch*, pp. 2892-2922.

<sup>6</sup> SAP Islas Baleares 15 octubre 2013 (RJ 395/2013).

ventar tales disputas al menor coste posible. Es la Ley que les permite, en una mayor medida, ahorrar costes de transacción en los negocios internacionales<sup>7</sup>.

## V. Confusión argumental de la Abogacía del Estado: norma de conflicto y reenvío

22. Cabe mencionar las siguientes incorrecciones técnicas argumentales del Abogado del Estado: En primer lugar, el Abogado del Estado acude al artículo 12 del Código Civil, precepto que como es sabido recoge las soluciones a los problemas técnicos de la norma de conflicto en el marco del Dopr de fuente interna o autónoma español. En realidad, antes de ello, debería identificarse cuál es la norma de conflicto utilizable para seleccionar la ley aplicable a este litigio. De manera implícita el posicionamiento de la Abogacía del Estado parece dar a entender que será la contenida en el propio Título Preliminar del CC (en particular, el art. 10.6 CC, sobre el particular véase sentencia 6) la norma aplicable, cuando en realidad la norma de conflicto aplicable es la contenida en el Reglamento Roma I, art. 8:

*“El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”.*

23. Al no realizar esta secuencia argumental correcta, y ni siquiera citar el Reglamento europeo trata de resolver cuestiones como la calificatoria o la del supuesto juego del reenvío (entre otras) con las reglas contenidas en el citado artículo 12 del CC, cuando el propio Reglamento Roma-I contiene ya respuestas expresas a ambas cuestiones, soluciones normativas que en atención al doble juego de la primacía del Derecho de la UE y de la eficacia *erga omnes* de dicho Reglamento han de quedar resueltas en todo caso por las previsiones de esta norma europea y no por las soluciones contenidas en el art. 12 del CC.

24. La norma de conflicto aplicable al presente caso es el Reglamento Roma I y en su artículo 20 prohíbe expresa y taxativamente el reenvío. En ese sentido, la gran mayoría de los reglamentos de Derecho Internacional Privado europeo impiden el reenvío con una “fórmula standard” que suele expresarse en los mismos de este modo: “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor de ese país” (entre otros, vid. art. 20 RR-I, art. 24 RR-II, art. 11 RR-III y art. 7.1 R. 2015/848). Dos razones explican esta exclusión general: (a) El legislador europeo entiende que las normas de conflicto europeas conducen en todo caso a la aplicación de la Ley del país más vinculado con la situación jurídica. Por ello, permitir el reenvío produciría el indeseable resultado de provocar la aplicación de una Ley imprevisible para las partes, de una Ley que no es la más vinculada con la situación, de una Ley que comportaría a las partes altos costes de información; (b) El reenvío provoca inseguridad jurídica, de modo que su exclusión permite que la Ley reguladora de la situación jurídica sea la Ley material designada de modo directo por la norma de conflicto europea. De ese modo, la norma de conflicto europea es previsible, certera y estable para las partes.

25. El reenvío se define como el fenómeno que se produce cuando la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> P. MANKOSKI, “Just how free is a free choice of law in contract in the EU?”, *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 466-491.

<sup>8</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA, ‘Sucesión internacional y reenvío’, *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, julio-diciembre 2207, pp. 59-121.

**26.** El reenvío de retorno entra dentro de la clasificación más tradicional de las clases de reenvío<sup>9</sup>. *El reenvío de primer grado o reenvío de retorno (Rückverweisung)* se produce cuando, pendiente un caso ante un tribunal español, la norma de conflicto aplicable en España remite la regulación de la situación privada internacional a un Derecho extranjero y la norma de conflicto de dicho ordenamiento remite la regulación de la cuestión al Derecho español.

**27.** En cuanto al reenvío en las normas españolas de producción interna, se regula en el art. 12.2 del CC: “*La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*”. El art. 12.2 del CC admite, por tanto, el reenvío de retorno. Admite el reenvío en favor del Derecho español. Sin embargo, lo permite sólo dentro de ciertos límites y con carácter no obligatorio para el juez español. Sólo puede activarse el reenvío de primer grado cuando respete los principios inspiradores de la norma de conflicto española aplicable y cuando comporte resultados positivos y justos.

**28.** Cabe recordar que la primacía del Derecho Internacional Privado europeo sobre el Derecho Internacional Privado español comporta que el art 12.2 CC presente, en la actualidad un ámbito operativo limitado a los supuestos en que no exista norma europea aplicable.

En el caso ahora analizado, y del que está conociendo un juez español, se ha de aplicar en todo caso el Reglamento Roma I y como hemos comentado anteriormente, dicho Reglamento Roma I descarta totalmente la utilización del reenvío. Por todo ello, la argumentación que hace el Abogado del Estado es errónea.

**29.** Por otro lado, se puede apreciar una segunda interpretación errónea del Abogado del Estado al sostener el carácter procesal de la institución de la prescripción, tal y como de forma más extensa se expondrá a continuación. Según la argumentación del Abogado del Estado, “*las normas relacionadas con la prescripción son normas de tipo procesal y por ello a la actora se le debió aplicar el plazo anual de prescripción contenido en el art. 59 del ET*”. Esta tesis jurisprudencial está superada por jurisprudencia posterior y por el tenor literal del Reglamento Roma I y resulta llamativo que en ningún momento (ni en la demanda ni en la sentencia) se mencione la aplicación de dicho Reglamento, que zanja de raíz todo debate sobre esta cuestión al contener una expresa mención sobre la prescripción.

**30.** Cabe recordar que el art. 12.6 del CC regula el carácter imperativo de la norma de conflicto: “*Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”. Este precepto hace mención a todas las normas de conflicto (sean de fuente autónoma, convencional o europea) que nuestros tribunales deban aplicar; y en nuestro caso, el Reglamento Roma I aclara el alcance material de la ley designada como aplicable al contrato objeto de litigio; siendo la ley dominicana la válidamente designada como aplicable al mismo conforme al tenor de este Reglamento, y quedando la prescripción adscrita al ámbito material de la ley aplicable no queda duda alguna de la incorrecta propuesta realizada por la Abogacía del estado en su recurso.

**31.** El primer punto de conexión preferido en DIP de la Unión Europea es la autonomía de la voluntad conflictual o la elección de Ley por las partes. Su presencia puede apreciarse en el artículo 3 del Reglamento Roma I: “*1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

La voluntad conflictual es empleada por el legislador europeo con una doble operatividad. En primer término, opera como un medio de ‘auto-conexión de los particulares con un concreto ordenamiento jurídico’: las partes se vinculan, de modo voluntario, con una determinada Ley estatal aplicable. Por tanto, el particular no es ya objeto sino sujeto de las normas de los conflictos de leyes. En segundo

<sup>9</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I*, Tirant lo blanch, pp 604-633.

término, opera también como un medio de la regulación privada de las relaciones jurídicas de los particulares. Es, por tanto, y al mismo tiempo, un medio para designar el Derecho objetivo aplicable.

## VI. La cuestión calificatoria

**32.** Como ha sido señalado anteriormente, otro de los motivos que incorrectamente esboza la argumentación del Abogado de Estado se centra en cómo resolver la cuestión calificatoria relativa a la institución de la prescripción. La solución que propone la Abogacía del Estado yerra por dos motivos: en primer lugar, porque utiliza de nuevo el ordenamiento jurídico español de fuente interna o autónoma para intentar calificar la prescripción como una institución de naturaleza procesal (y que, conforme a tal incorrecta calificación quedaría regida por la ley española en cuanto *Lex Fori*); y en segundo lugar porque desoye de nuevo el mandato imperativo contenido en el artículo 12.d) del Reglamento Roma I.

**33.** En efecto, la cuestión calificatoria no debe resolverse en este caso atendiendo a las previsiones del artículo 12 del CC sino teniendo presente el contenido del citado Roma I que resuelve ya de manera expresa y autónoma esta cuestión que queda vinculada (art. 12 d) al ámbito material o sustantivo de la *Lex Contractus*: “*Ámbito de la ley aplicable 1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, 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; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo*”.

**34.** La cuestión de calificación surge cuando una concreta situación privada internacional puede ser subsumida en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. Por ello, se debe calificar esa concreta situación privada internacional. Una vez calificada la concreta situación privada internacional en el supuesto de hecho de una específica norma de conflicto, será ésta la que precise la Ley aplicable a dicha situación privada internacional<sup>10</sup>.

**35.** En cuanto a los problemas de calificación, consisten en la subsunción de un supuesto fáctico (una concreta situación privada internacional) en el concepto jurídico empleado como supuesto de hecho por la norma de conflicto. El problema surge porque, con frecuencia, el mismo supuesto fáctico puede ser subsumido en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. Por ello, se debe decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional. Éste es el auténtico problema de la calificación.

**36.** La pregunta obligada es la siguiente: ¿tiene sentido acudir al tenor del art. 3 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC) en este supuesto? El art. 3 LEC señala que “*con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios Internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*”. Para la Abogacía del Estado ésta es la norma que marca la pauta de respuesta calificatoria. Incurre en un nuevo error. El Abogado del Estado defiende que la prescripción es un instrumento procesal y que como el asunto se sigue en España, la ley aplicable es la española y por tanto es aplicable el Estatuto de Trabajadores y según esta última ley la acción estaría prescrita. Tal y como hemos comentado anteriormente, este argumento no tiene fundamento jurídico alguno.

<sup>10</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I*, Tirant lo blanch, pp. 556-579.

**37.** La cuestión específica relativa a la prescripción y a la concurrencia de normas internacionalmente imperativas relativa al Reglamento Roma II sobre obligaciones extracontractuales puede verse en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 31 de enero de 2019<sup>11</sup>.

*“En el marco de un litigio relativo a la indemnización de los daños indirectos derivados de un accidente de circulación por carretera el Tribunal de Justicia se pronuncia acerca de la interpretación del art. 16 del Reglamento (CE) 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RRII): Leyes de policía “Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligaciones extracontractual”.*

*La sentencia establece que a los efectos de esa norma una disposición nacional que establece que el plazo de prescripción de la acción de reparación de los daños es de tres años no puede considerarse una ley de policía, a menos que quepa apreciar que esa norma reviste tal importancia en el ordenamiento jurídico nacional que justificar apartarse de la ley aplicable en virtud del art. 4 RR II”.*

**38.** Como precisión adicional, la sentencia señala en su apartado 34 que la aplicación “*de un plazo de prescripción distinto del previsto por la ley designada como aplicable exige que concurran razones particularmente importantes, como la vulneración manifiesta del derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial efectiva que pueda resultar de la aplicación de la ley designada como aplicable en virtud del art. 4 del Reglamento Roma II*”. Ahora bien, cabe pensar que si ese es el caso, es decir si en el supuesto de que se trate la aplicación de la ley designada como aplicable (la española) produjera una vulneración manifiesta de la tutela judicial efectiva, la aplicación de la norma del foro (portuguesa) procedería con independencia de su caracterización como ley de policía.

Aunque la ley del foro no fuera una ley de policía sería aplicable por exigencia de la excepción del orden público, que lleva a excluir la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto cuando es incompatible con el orden público del foro (arts. 26 RR II y 21 RR I). En todo caso, la sentencia no recoge ninguna apreciación en el sentido de que una norma como la española analizada produzca un menoscabo manifiesto de la tutela judicial efectiva<sup>12</sup>.

**39.** Como es sabido, el art. 3 LEC sustituyó al art. 8.2 CC. Este precepto recoge una regla unilateral y señala la ley aplicable a los procesos, al *iter* procesal que se desarrolla ante tribunales españoles. Las normas procesales nacionales presentan una relevancia de primer orden a la hora de decidir el resultado del pleito. Así, las normas jurídicas sobre cómo practicar la prueba de los hechos, la prueba del Derecho extranjero, el sistema de recursos, redacción de demandas y contestaciones, los plazos para las actuaciones procesales, etc., varían de Estado miembro a Estado miembro. De este modo, un litigio puede ser decidido en un sentido o en otro según cuál sea el tribunal competente y las reglas procesales que aplica.

Este escenario perjudica el correcto funcionamiento del espacio judicial europeo. Fomenta el *Forum Shopping procesal* (=se litiga allí donde las reglas procesales favorecen al litigante), y también perjudica la seguridad jurídica y la previsibilidad de soluciones (=el resultado de proceso judicial se vuelve difícil de prever, pues depende de las reglas procesales de los posibles tribunales competentes). Las soluciones a los efectos negativos de la regla *Lex Fori Regit Processum* en la UE pueden ser varias: a) Creación de reglas procesales uniformes europeas comunes a los Estados miembros que regulen ciertos aspectos del desarrollo del proceso civil (=reglas uniformes sobre prueba de los hechos, asistencia jurídica gratuita, o sobre iniciación del proceso, por ejemplo); b) Creación de ciertos procedimientos judiciales standard únicos en toda la UE, cuyas reglas de funcionamiento procesal serían también uniformes (=un proceso civil europeo para ciertos tipos de litigio). Esta segunda vía es la preferida, hasta el momento, por el legislador europeo.

<sup>11</sup> STJUE 31 enero 2019, *Da Silva Martins*, C-149/2019, §18.

<sup>12</sup> P. PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO, “Prescripción y normas internacionalmente imperativas en el Reglamento Roma II (STJ 6ª 31 enero 2019. Asunto c-149/18, *Da Silva Martins*” *AEDIPr*, T. XIX-XX, 2019-2020, pp. 517-518.

40. Es cierto que existen cuestiones cuya calificación como procesales o como sustantivas es discutida, como es en nuestro caso la prescripción. Como ejemplo puede citarse que la prescripción liberatoria es considerada en los sistemas anglosajones una cuestión procesal o causa extintiva de la acción, mientras que en los sistemas europeo-continenciales se considera una cuestión sustantiva o límite temporal para el ejercicio del derecho subjetivo que se pretende hacer valer. Por tanto, antes de decidir si una cuestión relacionada con el proceso queda sujeta o no a la *Lex Fori*, es preciso realizar una calificación de la misma con arreglo a la Ley española (art. 12.1 CC).

41. Sólo las cuestiones estrictamente procesales quedan cubiertas por el art. 3 LEC y por la consiguiente aplicación de la Ley procesal española. En tal sentido, existen diversas cuestiones relacionadas con el proceso pero que afecta al fondo del mismo y que, por tanto, no deben quedar sujetas a la regla *Lex Fori Regit Processum*. Se trata de las siguientes: 1) Cuestiones relativas a la situación de las partes en el proceso, como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, que deben regirse por la Ley personal de los litigantes; 2) Cuestiones procesales muy conectadas con el fondo del asunto, como la legitimación procesal, objeto y carga de la prueba, etc., que deban quedar regulados por la Ley que rige el fondo del litigio.

42. En cuanto a la jurisprudencia aplicable al caso concreto, el recurrente cita la sentencia de la Sección Segunda del TSJ de Madrid de 1 de octubre de 2014<sup>13</sup>, la que se dispone que debiera haberse aplicado el artículo 59 del ET por entender que la prescripción que en él se regula “*no se refiere a la creación del derecho, sino a un ejercicio, lo que presupone su existencia previa, por su titular. No es, por tanto, la prescripción del ejercicio de las acciones, que tiene como fundamento último el principio de seguridad jurídica al impedir que pueda ser demandado indefinidamente, “sine die” quien, en su caso debiera abonar las cantidades reclamadas por el demandante, un derecho regulado por la ley material, sino por la procesal que regula el ejercicio no la existencia del derecho en cuestión*”.

43. La jurisprudencia citada anteriormente resulta desfasada y está superada ya por los propios tribunales españoles. Cabe destacar la sentencia de la Sección Tercera del TSJ de Madrid de 13 de Marzo de 2016 en la que se explica que “... *el plazo de prescripción es de carácter sustantivo o material, de hecho la excepción se ha venido considerando una excepción de fondo o de carácter material y no una excepción procesal y así se ha señalado por esta Sala en un supuesto muy similar en sentencia de 11 de diciembre de 2015.*” *El reproche carece de fundamento porque si bien el artículo 12 CC dispone que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española, el plazo de prescripción de cinco años marcado por la legislación uruguaya es de naturaleza sustantiva o material, no procesal que haga prevalente la aplicación del plazo de un año del art. 59 del ET, debiéndose de recordar para que un plazo se pueda calificar de procesal es preciso tenga como punto de partida una actuación de igual clase, como una notificación, una citación o un emplazamiento. Los plazos sustantivos son los establecidos para ejercitar los derechos jurídico-materiales, como pueden ser, por ejemplo, los plazos de prescripción y caducidad fijados en el Código Civil y en leyes especiales para ejercitar ciertos derechos, facultades o poderes y que en la mayoría de casos se concretan en el ejercicio de una acción judicial, que, además de ser la específica actuación exigida al titular del derecho para evitar su caducidad, sirve a la vez para iniciar el proceso. Solo gozan de la condición de plazos procesales aquellos que marcan los tiempos de proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial y en el caso enjuiciado el ejercicio de la acción dentro de los cinco años reclamando las diferencias salariales es anterior al inicio del proceso laboral(.)*”.

## VII. Consideraciones finales

44. Aunque de forma excesivamente parca desde el punto de vista argumental, la resolución judicial objeto del presente comentario acierta al mantener como aplicable la legislación dominicana.

<sup>13</sup> STSJ de Madrid 1 de octubre de 2014 (RJ 256/14).

En ausencia de una explicación fundamentada o basada en términos de Derecho Internacional Privado, deberíamos concluir que la elección de la ley dominicana a dicha relación contractual laboral es plenamente válida atendiendo al artículo 3 del Reglamento Roma I, con arreglo al cual: “1. *El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

Por tanto, las cuestiones de aplicación tales como calificación o reenvío planteadas en el caso han de ser resueltas conforme al tenor de dicho Reglamento y no conforme a lo previsto en el artículo 12 del CC invocado por la parte recurrente.

**45.** Una vez más la interacción entre bloques normativos en presencia aconsejan un previo y cuidadoso estudio por el juzgador de los elementos e instituciones de DIP que entran en juego. El viejo principio del *iura novit curia* debe, en el marco de cuestiones de Derecho internacional privado, venir unido a un estudio de los elementos internacional privatistas suscitados en la *litis* tanto por la representación procesal de las partes como por el órgano judicial encargado de resolver la controversia suscitada.

PLATAFORMAS DIGITALES DE RESERVAS HOTELERAS,  
ACCIONES ACUMULATIVAS Y SU IMPACTO EN LA  
ESTRATEGIA DE LITIGACIÓN INTERNACIONAL.  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 24 DE  
NOVIEMBRE DE 2020, C-59/19, *WIKINGERHOF VS. BOOKING*

ONLINE ACCOMODATION BOOKING PLATFOMS,  
ACCUMULATION OF OBLIGATIONS AND ITS IMPACT  
ON THE STRATEGY OF INTERNATIONAL LITIGATION.  
COMMENTARY TO THE ECJ JUGMENTOF 24  
NOVEMBER2020, C-59/19, *WIKINGERHOF VS. BOOKING*

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular acr. de Derecho internacional privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 15.01.2021 / Aceptado: 23.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5983>

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es analizar la STJUE de 24 de noviembre de 2020. Este caso refleja muy bien los límites que existen entre lo que se puede considerar una materia contractual y extra-contractual en atención al Reglamento UE 1215/2012 y el impacto que puede presentar tal calificación en la litigación transfronteriza. El objeto del presente artículo no persigue estudiar de forma exhaustiva los arts. 7.1 y art. 7.2. El objetivo es más bien que en base a esta resolución del TJUE poder esbozar unas líneas sobre los aspectos relevantes que se deben tener en cuenta en la organización de una estrategia de litigación internacional en los asuntos en los que se reclama responsabilidad civil extracontractual entre partes contratantes que tienen que ver con la aplicación privada de las normas de competencia.

**Palabras clave:** plataformas de reservas de hoteles, responsabilidad extracontractual, daños, litigación internacional, abuso de posición de dominio, R. Bruselas I *bis*.

**Abstract:** The aim of this paper is to study the ECJ resolution of 24 November 2020. This case shows very good the fine line between the contractual and non-contractual matter according to the Brussels I bis Regulation and the impact of such classification on the international litigation. The objective of this article is not study exhaustively arts. 7.1 and 7.2. On the contrary, we will try to outline some important considerations to organize a good strategy in an international litigation regarding private enforcement having as a reference this ECJ resolution.

**Keywords:** online accomdation booking platform, non-contractual liability, damages, international litigation, abuse of dominant position, Brussels I bis Regulation

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos del caso. III. La calificación de la acción en Wikingerhof vs. Booking. IV. Consideraciones jurídicas relevantes de este asunto desde el punto de vista de la litigación transfronteriza. 1. Introducción. 2. Acciones acumulativas y su impacto en la determinación del tribunal competente. 3. Acciones paralelas y litispendencia. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El objeto del presente trabajo es el análisis de la STJUE de 24 de noviembre de 2020 en la que el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán) remite una cuestión prejudicial en relación a un asunto que enfrenta a un hotel con la famosa plataforma de reserva de hoteles *Booking*<sup>1</sup>.

2. En esencia, el TJUE con esta resolución debe resolver si el art. 7.2 del *Reglamento UE N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, R. Bruselas I bis) es un foro que permitiría conocer a un tribunal alemán de una acción que persigue que *Booking* cese de realizar determinados actos enmarcados dentro de una relación contractual y que implicarían según el demandante actos abusivos contrarios a las normas alemanas de competencia.

3. Esta sentencia plantea distintas cuestiones jurídicas dignas de interés, estas serían las siguientes:

- 1) Diferencia entre materia contractual y extracontractual en atención al art. 7.1 y 7.2 R. Bruselas I bis.
- 2) Las acciones acumulativas y cómo pueden influir en la determinación del tribunal competente y en otras cuestiones relativas a la estrategia procesal a seguir en asuntos que afectan Derecho internacional privado europeo relativos a la prueba y a la pendencia del proceso.

## II. Hechos del caso

4. *Wikingerhof*, hotel situado en Kropp, población situada al norte de Alemania, firmó en 2009 un contrato tipo que le permitiría aparecer en la plataforma *on line* hotelera *Booking*<sup>2</sup> con domicilio en Países Bajos.

Esas condiciones generales de contratación fueron modificadas varias veces por *Booking*. Sin embargo, en 2015, *Wikingerhof* se negó a seguir aceptando las condiciones contractuales que le imponía *Booking*. El hotel alemán consideró que debido a la posición de poder de *Booking* en el mercado, ésta abusaba de su poder infringiendo las normas de competencia alemanas. Esto llevó a *Wikingerhof* a interponer una acción de cesación ante los tribunales alemanes de Kiel. En base a esa acción, el hotel alemán perseguía que *Booking* dejara de hacer lo siguiente<sup>3</sup>:

- 1) De indicar en su plataforma la expresión “precio más reducido o “”precio más económico” junto al precio determinado sin el consentimiento de *Wikingerhof*.
- 2) De impedir que *Wikingerhof* tuviera acceso a los datos de contacto que los clientes de su hotel facilitan mediante *Booking* al hacer la reserva.
- 3) De supeditar el posicionamiento del hotel en la plataforma en base a la concesión de una comisión superior al 15%.

5. Sin embargo, la situación se complicó para *Wikingerhof*. Tanto en primera como en segunda instancia, los tribunales alemanes consideraron que no tenían competencia en base al foro del art. 7.2 del R. Bruselas I bis<sup>4</sup>. El tribunal de primera instancia (el *Landgericht* de Kiel) entendía que la competencia judicial internacional y territorial era a favor de los tribunales de Ámsterdam debido a un acuerdo de sumisión expresa que se recogía en las condiciones generales de contratación. En base a otro razonamiento pero con el mismo resultado, el tribunal de apelación (*Oberlandesgericht Schleswig*) consideró que la

<sup>1</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingerhof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950.

<sup>2</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartado 1.

<sup>3</sup> *Ibidem*, apartado 12.

<sup>4</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingerhof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartados 11 y 12.

competencia era a favor de tribunales holandeses en atención al foro especial en materia contractual que se recoge en el art. 7.1 del R. Bruselas I *bis*.

6. Al contrario de lo que se pudiera pensar, *Wikingerhof* no se dio por vencido e interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) alegando la aplicación del art. 7.2 del R. Bruselas I *bis*. En base a este foro, el tribunal competente es el del lugar donde se ha producido el daño, es decir, el tribunal de Kiel, lugar donde el *Wikingerhof* sufre las prácticas abusivas de *Booking*. El TJUE señala que el tribunal remitente de la cuestión prejudicial no plantea la incidencia que podría tener en el asunto el acuerdo que atribuye competencia a los tribunales de Ámsterdam<sup>5</sup>. Esto es así debido a que dicho acuerdo no se celebró válidamente en atención al art. 25 del citado R. Bruselas I *bis*.

7. Por tanto, sobre lo que se debía pronunciar el TJUE es si sería de aplicación el art. 7.2 del R. Bruselas I *bis* para hacer competente a los tribunales alemanes en relación a una acción de cesación que está relacionada con determinados actuaciones que tienen que ver con una relación contractual existente entre *Wikingerhof* y *Booking* pero que al mismo tiempo el demandante (*Wikingerhof*) considera que dichas cláusulas contractuales le han sido impuestas, pudiendo constituir tales prácticas de *Booking* un abuso de posición de dominio.

La cuestión es que la acción que ejercita el hotel alemán no requiere sólo la interpretación del contrato, ya que el demandante alega que debido a ese abuso de posición de dominio de *Booking*, tales condiciones contractuales fueron impuestas implicando infracción de las normas de competencia. En definitiva, se debe calificar esa acción de responsabilidad civil entre partes contratantes.

De este modo, la clave está en la calificación que reciba de dicha acción que plantea *Wikingerhof* en lo relativo a la determinación de la competencia judicial internacional en base al R. Bruselas I *bis*. Si la misma se califica como una cuestión contractual, el foro que determinará el tribunal competente será el que se recoge en el art. 7.1 del R. Bruselas I *bis*, lo que implicaría que fueran competentes los tribunales del lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa, es decir, tribunales holandeses. *A sensu contrario* si dicha acción se califica como una acción en materia extracontractual, una acción que tiene que ver con la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo<sup>6</sup>, el foro de aplicación sería el que se establece en art. 7.2 del R. Bruselas I *bis*. Este foro otorgaría competencia a los tribunales del lugar donde se ha producido el daño, en materia de abuso de posición de dominio serían los tribunales alemanes, ya que son los tribunales del mercado afectado por el comportamiento supuestamente abusivo<sup>7</sup>.

El TJUE ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de que el art. 7.2 pueda ser aplicado en este tipo de reclamación por daños<sup>8</sup>, ya que la Directiva que existe sobre la aplicación privada del Derecho

<sup>5</sup> Sobre el impacto que tiene un acuerdo de sumisión expresa en el foro especial en materia extracontractual *vid.* STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:85. Esta sentencia ha sido muy comentada por la doctrina *vid ad. ex.* P.J. BUESOGUILLÉN, “Cláusulas de sumisión a fuero y ejercicio de acciones de daños y perjuicios de- rivados de ilícitos ‘antitrust’”. A propósito del As. C-595/17 *Apple vs. MJA*”, en J.I. RUIZ PERIS/T. PALOMARTEJEDOR, *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; A.L. CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, “Aplicabilidad de un acuerdo de elección de foro a una reclamación de daños por vulneración del artículo 102 TFUE: EL CASO Appel Sales International (C-595/17)”, *CDT*, vol. 11, n° 2, pp. 439-451; P. MANKOWSKI, “Rei-chweite von Gerichtsstandsvereinbarungen - kartellrechtliche Schadensersatzklage”, *Juristenzeitung*, 2019, pp.141-144; 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*, n° 67, febrero 2019.

<sup>6</sup> Sobre este particular en la doctrina *per alia* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *CDT*, vol. 10, n° 2, pp. 7-178.

<sup>7</sup> Sobre este foro sin carácter exhaustivo *vid.* J. SUDEROW, “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hidrogen Peroxide”, *CDT*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 306-329.

<sup>8</sup> *Id.* STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2014:2319, apartados 23-29 y STJUE 29 julio 2019, C-451/18, *Tibor-Trans*, EU:C:2019:635, apartado 24. Para comentarios sobre esta última *vid.* C. KRÜGER, “Zur internationalen Zuständigkeit am ‘Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist’ bei Kartellschäden (‘Tibor-Trans’)”, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2019, pp. 769-770.; L. RADEMACHER, “Quieta Movere- pero no en silencio, por favor: EL TJUE sobre la competencia internacional en las acciones ilícitas derivados de ilícitos antitrust (Tibor-Trans,C-451/18)”, *CDT*, Vol. 12, n° 1, 2020, pp. 673-678.

*antitrust* (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas o 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<sup>9</sup>) no regula ni cuestiones de competencia judicial internacional ni de Ley aplicable.

### III. La calificación de la acción en *Wikingehof vs. Booking*

8. El TJUE recuerda que la competencia general del R. Bruselas I *bis* se establece en atención al art. 4.1, foro que permite que ostenten competencia judicial internacional los tribunales del domicilio del demandado<sup>10</sup>. Los foros que se establecen en los arts. 7.1 y 7.2 del R. Bruselas I *bis* son foros especiales, foros que brindan una oportunidad extra al demandante a la hora de litigar, resultando uno de sus aspectos esenciales la proximidad que presentan con el litigio.

9. Esa calificación de la acción de si la misma se enmarca dentro de la “materia contractual” o “materia delictual” la debe realizar el demandante sin tener presente el Derecho nacional<sup>11</sup>. El TJUE ha sostenido en diferentes ocasiones como estos conceptos deben interpretarse de forma autónoma<sup>12</sup>, teniendo muy presente los objetivos y sistema del Reglamento ante la ausencia de un concepto legal en su propio texto.

Sin embargo, esta situación es compleja, prueba de ello es la numerosa jurisprudencia sobre este particular<sup>13</sup>. Especialmente esta dificultad aparece cuando determinadas acciones presentan diferentes calificaciones conforme al Derecho nacional del Estado donde se interpone la demanda<sup>14</sup> o simplemente hay acciones que no se pueden calificar ni como “materia contractual” ni como “materia delictual”<sup>15</sup>.

10. De este modo, para calificar una acción dentro del radio de acción del art. 7.1 o del art. 7.2 se tiene que tener en cuenta la *causa* que sirve de base a esa pretensión<sup>16</sup>.

El art. 7.1 del R. Bruselas I *bis* será el foro que determinará la competencia judicial internacional si la interpretación del contrato que vincula al demandante con el demandado es el aspecto crucial y necesario que va a determinar si el comportamiento que se le reprocha al demandado es lícito o ilícito<sup>17</sup>.

Así, el art. 7.2 resultará de aplicación en los supuestos en los que el demandante invoca una norma de responsabilidad extracontractual impuesta por la ley, siendo la interpretación del contrato no indispensable para apreciar la licitud o ilicitud del comportamiento que se le reprocha al demandado<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> DOUE L 349 de 5 de diciembre de 2014.

<sup>10</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingehof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartado 21.

<sup>11</sup> STJUE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, apartado 16.

<sup>12</sup> STJUE 17 de septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, EU:C:2002:499, apartado 19; STJUE 18 Julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, EU:C:2013:490, apartado 27.

<sup>13</sup> En relación a la <<materia contractual>> *vid.* STJUE 22 de marzo 1983, *Peters Bauunternehmung* as-34/82, ECLI:EU:C:1983:87; STJUE 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:80. En relación a la “materia delictual”, *vid.* STJUE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459; STJUE 17 de octubre 2017, *Bolagsupplysningen e Ilsjan*, C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766.

<sup>14</sup> *Ad ex.* este podría el caso de la *culpa in contrahendo*, la cual se califica como una cuestión contractual conforme al Derecho francés, sin embargo, conforme al Derecho alemán se califica como una cuestión extracontractual, tal y como apunta A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, Vol. 6, nº 2, 2014, p. 320.

<sup>15</sup> *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingehof GmbH & Co. KG* contra *Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartado 47.

<sup>16</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingehof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartado 31.

<sup>17</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingehof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartado 32. En el mismo sentido anteriormente *vid.* STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogstter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148. Para un comentario de esta resolución *vid.* sin carácter exhaustivo M.BROSCH, “Die Brogstitter-Defence: Neues zur Annexzuständigkeit am Vertragsgerichtsstand für deliktische Ansprüche in der EuGVVO, zugl Anmerkung zu EuGH 13. 3. 2014, C548/12, Marc Brogstitter/ Fabrication de Montres Normandes EURL und Karsten Fräbendorf”, *ÖJZ*, 2015, pp. 958-960; A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal... *op cit*, pp. 315-329.

<sup>18</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingehof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartado 33.

11. En el asunto que nos ocupa, *Wikingerhof* y *Booking* tienen una relación contractual. Sin embargo, el hotel alemán imputa a la plataforma actuaciones abusivas debido a la posición de poder que ocupa en el mercado. Un tribunal que conozca de esta acción deber tener presente ese contrato que une a *Wikingerhof* y *Booking*. No obstante, el contrato no es un aspecto indispensable para determinar si *Booking* está infringiendo las normas de competencia, para ello se deberá acudir a las normas de competencia europeas sobre abuso de posición de dominio (art. 102 TFUE) o a las normas nacionales alemanas en materia de competencia.

Por lo tanto, el TJUE considera que la acción que entabla *Wikingerhof* puede quedar perfectamente enmarcada dentro del ámbito de aplicación del art. 7.2 R. Bruselas I bis<sup>19</sup>. Esto haría que fueran competentes los tribunales alemanes, tribunales del lugar del daño, los tribunales del mercado afectado por la supuesta conducta abusiva.

#### IV. Consideraciones jurídicas relevantes de este asunto desde el punto de vista de la litigación transfronteriza

##### 1. Introducción

12. La STJUE que comentamos aborda como cuestión primordial esa diferenciación entre materia contractual y delictual en atención al R. Bruselas I bis, que llevaría a aplicar en base a esa calificación bien el art. 7.1 o el art. 7.2 del citado Reglamento.

Sin embargo, junto con esa cuestión jurídica hay otros tres aspectos interesantes que este tipo de asuntos pone en relieve y consideramos necesario analizar, estos serían: 1) las acciones acumulativa y su impacto en la determinación de la competencia judicial internacional; 2) la prueba que debe realizar el demandante; 3) la posibilidad de activar la litispendencia cuando se ejercitar acciones de doble naturaleza en tribunales de Estados miembros diferentes.

##### 2. Acciones acumulativas y su impacto en la determinación del tribunal competente

###### A) Planteamiento del problema jurídico

13. Uno de los aspectos que pueden causar más dificultades a un juez al momento de determinar si ostenta competencia judicial internacional bien mediante el foro del art. 7.1 o del art. 7.2 en un asunto donde se reclama responsabilidad civil entre partes contratantes es cuando se trata de acciones acumulativas<sup>20</sup>. Es decir, acciones donde concurren diferentes obligaciones o responsabilidades al mismo tiempo. Esto sucede en el asunto objeto de comentario pero también se puede apreciar en otros muchos asuntos. En particular, uno de ellos podría tener lugar en determinados contratos de distribución en los supuestos en los que el proveedor se niega a seguir suministrando a su distribuidor. Escenarios que han sido habituales para evitar el comercio paralelo de productos farmacéuticos<sup>21</sup>.

Esta negativa en el suministro puede generar legalmente dos tipos de responsabilidades, estas serían: 1) un incumplimiento del contrato de distribución; 2) una infracción de las normas de competen-

<sup>19</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingerhof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartado 36.

<sup>20</sup> Estas cuestiones ya han sido objeto de estudio por la doctrina internacional privatista *vid. ad. ex.* S. BOLLE, “La responsabilité extracontractuelle du contractant en droit international privé” en D. BUREAU/H.MUIR-WATT, *Mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit — Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, pp. 119-135; S. ZOGG, “Accumulation of contractual and tortious causes action under the judgments regulation”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, nº 1, 2013, pp. 39-76.

<sup>21</sup> I.ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, pp. 377 y ss. C. DESOGUS, *Competition and innovation in the EU regulation of pharmaceuticals: the case of parallel trade*, Cambridge, Antwerp, Insertia, 2011; A. GARCÍA VIDAL, “El comercio paralelo de medicamentos”, CDT, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 315-334, en concreto pp. 320 a 325.

cia. En particular, se podría infringir el art. 102 TFUE cuando la empresa que realiza esa negativa en el suministro tiene una posición de poder en el mercado de referencia<sup>22</sup>.

14. Por lo tanto, en el contexto en el que nos encontramos de precisar la competencia en virtud de los foros especiales en “materia contractual” (art. 7.1) o en “materia delictual” (art. 7.2), el juez nacional que tuviera que conocer de la acción que interpone el distribuidor afectado debería proceder a la calificación de esa obligación en la que se sustenta la acción del demandante. El problema que plantean este tipo acciones judiciales al igual que sucedía en el asunto objeto de comentario es que esa acción que se interpone por el demandante puede presentar concurrencia de responsabilidades.

15. Este tipo de acciones además presentan una complicación y es que hay ordenamientos que permiten que cuando una acción acumula responsabilidad contractual y también extracontractual que el demandante pueda elegir cómo enfocar la demanda. De este modo, en estos Derechos nacionales, el demandante, en atención a sus intereses puede plantear el litigio desde la perspectiva contractual o extracontractual o incluso acumular ambas pretensiones en una misma acción. Este es el caso del Derecho alemán o del Derecho inglés<sup>23</sup>. Sin embargo, hay otros ordenamientos como el francés donde el margen de acción del demandante es escaso, prevaleciendo las cuestiones contractuales frente a las de responsabilidad extracontractual<sup>24</sup>. En el ordenamiento jurídico español, el TS ha considerado que es posible la yuxtaposición de responsabilidades lo que permite que se puedan ejercer acciones de diferente naturaleza de forma alternativa y subsidiariamente. Así, el demandante puede optar por reclamar ambas responsabilidades al mismo tiempo o declinarse sólo por una, siempre con el fin de que la víctima pueda ver resarcido su daño de la forma más completa posible<sup>25</sup>.

## B) Solución

16. Una de las primeras máximas que llevan a solucionar este problema jurídico es que no hay prevalencia de lo contractual frente a lo delictual en base al sistema de foros del R. Bruselas I *bis*<sup>26</sup>. Ambos son foros alternativos al foro del domicilio del demandado y se encuentran en el mismo nivel de jerarquía.

17. Por lo tanto, la solución es que las acciones se deben analizar de forma individual y en atención a la causa por la que se invocan, a su fundamento<sup>27</sup>. De este modo, volviendo al ejemplo del proveedor que niega el suministro al distribuidor, en este tipo de asuntos donde pueden concurrir responsabilidades, las pretensiones se analizan de forma separada para que se puedan calificar como “materia contractual” o “delictual” y así el juez pueda precisar su competencia para la acción que plantea el demandante bien en base al art. 7.1 o al art. 7.2 del R. Bruselas I *bis*.

Como se ha precisado en la sentencia objeto de comentario, para calificar esa obligación como “materia contractual” se deberá apreciar si el contrato que vincula a las partes es indispensable para

<sup>22</sup> Sobre este particular *vid.* STJCE 16 septiembre 2008, *Sot. Lélos Kai Sia/GlaxoSmithKline*, asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, ECLI:EU:C:2008:504, apartado 77.

<sup>23</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartado 55.

<sup>24</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartado 56. Sobre este particular *vid.* también, O. GOUT, “Le cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit belge en droit français: de la genèse des règles aux perspectives d’évolution”, en E. VAN DEN HAUTE, *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 123-146.

<sup>25</sup> STS 6 octubre 1992, nº 7542/1992, ECLI:ES:TS:1992:7542, FD 3º.

<sup>26</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartados 61 y 78-79.

<sup>27</sup> S. ZOG, “Accumulation of contractual”..., p. 62; Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartado 61.

determinar la licitud o ilicitud del comportamiento que se le reprocha al demandado<sup>28</sup>. Por el contrario, si el demandante invoca normas de responsabilidad civil y no es indispensable el análisis del contrato para determinar el carácter lícito o ilícito de ese comportamiento, la obligación podría calificarse como “delictual” en atención al R. Bruselas I bis<sup>29</sup>.

**18.** Esta solución implica varios aspectos a tener en cuenta:

- 1) *No son posibles las competencias accesorias.* El juez de lo contractual no va a poder conocer de las cuestiones delictuales<sup>30</sup>. Existe un juez competente para cada pretensión, no prevalece el foro contractual (art. 7.1) frente al delictual (art. 7.2). Aunque hay doctrina que así lo ha considerado<sup>31</sup>, la realidad es que conforme está redactado el actual R. Bruselas I bis no es posible debido a que atribuir competencias en materia delictual al juez del contrato sería ampliar el ámbito de aplicación del art. 7.1<sup>32</sup>.
- 2) *La fragmentación de litigio.* Si la acción no se califica en global, hay una fragmentación del litigio. Esto quiere decir que las pretensiones contractuales serán resultas por el “juez del contrato” (art. 7.1) y que las de responsabilidad civil extracontractual por “el juez del delito” (art. 7.2). En ocasiones, estos jueces pueden coincidir en un mismo Estado, en otras no. El resultado es una dispersión del pleito. Esto presenta aspectos positivos y negativos. Lo positivo a la hora de interpretar las competencias especiales del R. Bruselas I bis (arts. 7.1 y 7.2) de este modo es que se asegura la previsibilidad y la seguridad jurídica. Y esto además, tiene un impacto directo en el resto del Derecho internacional privado europeo, en especial afecta a la relación entre el Reglamento Roma I y el Reglamento Roma II. El aspecto negativo es que se lesiona la buena administración de justicia debido a que los costes del litigio aumentan considerablemente por esa posible dispersión del pleito. Sin embargo, este problema tiene una solución fácil de llevar a cabo y es que el demandante puede interponer la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado<sup>33</sup>. Los cuales podrían conocer de todas las pretensiones, de las que tienen una naturaleza contractual pero también de las extracontractuales.
- 3) *La importancia del Derecho material que se invoca por el demandante.* Esa labor de calificación para enmarcar la pretensión en el art. 7.1 o en el art. 7.2, y así precisar la causa en la que se basa la acción, va a depender en cierto modo en las normas materiales que invoque el demandante. A pesar de que la pretensión no se califica en atención al Derecho aplicable<sup>34</sup>, ya que en esa fase el juez todavía no lo ha determinado<sup>35</sup>. El Derecho material que invoca el demandante tiene más importancia de lo que se podría pensar en un primer momento. Ese Derecho material en el que se fundamenta la demanda facilita la labor del juez a la hora de calificar las pretensiones de forma autónoma en atención al R. Bruselas I bis<sup>36</sup>. En definitiva, ese Derecho material en el que se basa la acción aunque no es determinante da pistas al juez en relación a qué tipo de obligación ha podido incumplir el demandado.
- 4) *La necesidad de interpretar el contrato en algún momento no obsta para que la calificación deba seguir siendo delictual.* El hecho de que el contrato deba interpretarse en alguna de las

<sup>28</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingerhof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartado 32. Anteriormente, STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogistter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, apartado 25.

<sup>29</sup> STJUE 24 noviembre 2020, *Wikingerhof v. Booking*, C- 59/19, ECLI:EU:C:2020:950, apartado 33.

<sup>30</sup> STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, apartado 19.

<sup>31</sup> A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Informa Law from Routledge, Oxford, 2015, p. 237.

<sup>32</sup> *Vid.* sobre este particular vid. S. ZOG, “Accumulation of contractual”..., p. 49 y 61. También en el mismo sentido las Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartados 115.

<sup>33</sup> STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, apartado 20.

<sup>34</sup> S. ZOG, “Accumulation of contractual”..., p. 40; STJUE 7 junio 1992, *Handte*, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, apartado 10.

<sup>35</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, ECLI:EU:C:2020:688, apartados 62.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

fases del análisis de la responsabilidad extracontractual no significa que la obligación que se imputa al demandado tenga que calificarse como contractual. Esto puede materializarse *ad ex.* cuando en determinados supuestos de responsabilidad por daños es necesario resolver una cuestión previa que tiene que ver con la relación contractual de las partes. La existencia de esa cuestión previa de naturaleza contractual no implica que la cuestión principal que se persigue resolver deba también calificarse en el mismo sentido<sup>37</sup>. Lo mismo sucede cuando el demandado que se enfrenta a una acción donde se le reclaman daños alega un contrato como base para su defensa. El hecho de que alegue la existencia de un contrato no obsta para que la obligación en la que se fundamenta la acción pueda seguir calificándose como delictual en virtud del art. 7.2 del R. Bruselas I *bis*<sup>38</sup>.

## 2. La prueba que debe realizar el demandante

**19.** Un aspecto que surge a los inicios de la litigación transfronteriza es qué aspectos debe probar el demandante cuando decide interponer su demanda en virtud del art. 7.1 o 7.2 del R. Bruselas I *bis*.

**20.** En primer lugar, tanto desde la perspectiva de ambos preceptos el estándar de prueba mínimo se aprecia en atención al Derecho procesal del foro<sup>39</sup>

**21.** Desde la perspectiva del art. 7.1, se tendría que probar la disputa está relacionada con un contrato. Sin embargo, no es necesario probar la existencia de un contrato concreto entre las partes<sup>40</sup>. De hecho, ni la alegación de que no existe un contrato impide que se aplique el art. 7.1 del R. Bruselas I *bis*<sup>41</sup>. De este modo, un juez podrá declararse competencia mediante el foro contractual del art. 7.1 cuando las partes le prueben que existen una disputa pendiente sobre aspectos que afectan a su relación contractual.

**22.** En atención al art. 7.2, precisar que el demandante que se decide litigar en atención al citado foro del R. Bruselas I *bis* no tiene que probar el daño antes o al momento de presentar la demanda<sup>42</sup>. La existencia del daño y que por lo tanto sea indemnizable depende de la Ley que se aplique al fondo del asunto la cual se determina mediante la aplicación de la correspondiente norma de conflicto. Así, el demandante deberá aportar un “principio de prueba”. Es decir, unos indicios que permitan al juez apreciar si concurre o no el foro delictual sin tener en cuenta Derecho nacional alguno<sup>43</sup>. Por lo tanto, que el juez se declare competente en materia de responsabilidad extracontractual en atención al art. 7.2 no significa que esté reconociendo un daño que debe ser indemnizado. De este modo, si al interponer la demanda no se debe probar el daño cabe preguntarse qué debe probarse.

Pues bien el demandante debería dejar constancia en la interposición de la demanda dos aspectos<sup>44</sup>:

- 1) *El daño ha tenido lugar.* No obstante, el demandante también puede ejercitar el art. 7.2 si lo que persigue es una declaración de que no existe responsabilidad extracontractual por su parte debido a que el daño no ha existido<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe, presentadas el 10 de septiembre de 2020. Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV, ECLI:EU:C:2020:688, apartados 104.

<sup>38</sup> STJCE 4 marzo 1982, *Effer*, as. 38/81, ECLI:EU:C:1982:79, apartado 7.

<sup>39</sup> STJCE 7 marzo 1995, *Shevil*, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, apartado 36.

<sup>40</sup> S. ZOG, “Accumulation of contractual”..., p. 54.

<sup>41</sup> STJCE 4 marzo 1982, *Effer*, as. 38/81, ECLI:EU:C:1982:79, apartado 8.

<sup>42</sup> En la doctrina, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, tomo III, Tirant lo Blanch, 2020, p. 945. En la jurisprudencia, STJUE 25 octubre 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, C-133/11, EU:C:2012:664, apartado 50.

<sup>43</sup> STJUE 28 enero 2015, *Kolassa*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 62; STJUE 16 junio 2016, *Universal*, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, apartado 44.

<sup>44</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, p. 945.

<sup>45</sup> *Vid.* STJUE 25 octubre 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, C-133/11, EU:C:2012:664, apartado 52. Para un mayor detalle,

- 2) *El daño ha ocurrido en un concreto Estado miembro.* Esto es necesario debido a que el foro del citado art. 7.2 otorga competencia judicial internacional pero también territorial al tribunal del lugar donde se ha producido o pueda producirse el hecho litigioso y éste no puede ser otro lugar que un Estado miembro.

**23.** En conclusión, en una disputa internacional donde existen hechos que pueden generar responsabilidad de diferente naturaleza, contractual y extracontractual, es clave quien inicia la demanda y cómo plantea y fundamenta el litigio. El demandante tiene en su poder una baza importante y es que ostenta conforme se han ido interpretando los foros especiales en materia contractual y delictual por el TJUE una gran capacidad para perfilar el asunto y que se considere bien un asunto “en materia contractual” o “en materia delictual” en atención al R. Bruselas I *bis*.

### 3. Acciones paralelas y litispendencia

**24.** A lo largo del trabajo hemos señalado que en atención al fundamento y causa de la demanda, ésta se calificará como “contractual” o “delictual/extracontractual” en atención al R. Bruselas I *bis*. Como también hemos precisado esto significa que pueda existir un juez que conozca únicamente “de lo contractual” y otro que conozca de los aspectos “delictuales/extracontractuales” que enfrentan a las mismas partes. Sin embargo, ante esta avocación irremediable a la apertura de diferentes litigios en distintos Estados miembros cabe plantearse si podría el demandado alegar litispendencia (art. 29 R. Bruselas I *bis*). Esto permitiría el litigio sólo pudiera dirimirse ante un único tribunal. Es decir, el tribunal ante el que se interpuso la demanda en primer lugar, ya que el mecanismo para resolver la litispendencia en atención al art. 29 del R. Bruselas I *bis* es el orden cronológico en el que las demandas se interpusieron ante los tribunales<sup>46</sup>.

**25.** La respuesta a este cuestión es no. La litispendencia tiene lugar en atención al art. 29 del R. Bruselas I *bis* cuando dos litigios afectan a las mismas partes, tienen la misma causa y el mismo objeto. Así, en este tipo de demandas hay que tener en cuenta que los hechos podrían ser los mismos pero el problema jurídico no se resuelve conforme a las mismas normas debido a que tanto los objetos como las causas de las demandas son diferentes.

Esta respuesta se debe entender teniendo presente lo siguiente:

- 1) El concepto de litispendencia del art. 29 del R. Bruselas I *bis* es europeo resultando el Derecho nacional de los Estados miembros irrelevante<sup>47</sup>.
- 2) Hay que atender a la interpretación europea de “mismas partes”, “misma causa” y “mismo objeto”. El TJUE ha entendido que “mismas partes” son mismas personas, con independencia de cual sea su domicilio y donde se encuentre éste o la posición procesal que ocupan en el litigio<sup>48</sup>.

En relación al aspecto de “misma causa” se entiende esa identidad cuando los litigios se basan en los mismos hechos y se invocan las mismas normas jurídicas<sup>49</sup>. En otras palabras, cuando las demandas tienen el mismo origen jurídico<sup>50</sup>.

*vid.* P. MANKOWSKI, “art.7”, en U.MAGNUS/.P.MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I bis Regulation*, vol. 1, Ottoschmidt, 2016, pp. 263-267.

<sup>46</sup> STJUE 4 mayo 2017, *HanseYachts*, C-29/16, ECLI:EU:C:2017:343, apartado 28. Para un comentario sobre esta sentencia *vid.* M<sup>a</sup>. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Litispendencia y diligencias de prueba. Algunas reflexiones sobre la sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2017”, CDT, vol. 10, n<sup>o</sup> 1, pp. 630-638.

<sup>47</sup> STJCE 8 diciembre 1987, *Gubisch*, 144/86, ECLI:EU:C:1987:528, apartado 14.

<sup>48</sup> STJCE 27 junio 1991, *Overseas Union Insurance*, C- 351/89, ECLI:EUC:1991:279.

<sup>49</sup> STJCE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, ECLI:EU:C:1994:400, apartado 39.

<sup>50</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, p. 1278.

Por su parte, el alto Tribunal europeo ha considerado que “mismo objeto” se debe apreciar en atención a “la finalidad de la demanda”<sup>51</sup>. A su objetivo. Así, es irrelevante cómo se denominen los procedimientos en los Estados miembros donde se ejerciten las acciones. La clave para identificar cuáles son los objetos de las demandas es identificar los aspectos sustanciales que se reclaman<sup>52</sup>.

Se puede afirmar que el TJUE ha seguido un concepto amplio de objeto, ya que se puede incluir dentro del mismo una acción que persigue que se cumpla un contrato y otra que persigue su nulidad<sup>53</sup>.

No obstante, es muy importante apreciar el objeto de la demanda en el caso particular concreto debido a que sobre lo que se entiende por “objeto” ha habido importantes discrepancias doctrinales. De hecho, existe un sector doctrinal que entiende que el art. 29 R. Bruselas I *bis* sólo podría aplicarse cuando los litigios tienen objetos idénticos<sup>54</sup>. No compartiendo la visión amplia que establece el TJUE.

**26.** Desde nuestro punto de vista, cuando se ejercita una acción en un tribunal de un Estado miembro y los fundamentos se basan en responsabilidad contractual, mientras que en otro tribunal de otro Estado miembro, los fundamentos están basados en la responsabilidad por daños, la finalidad de la demanda difiere. El objeto de ambos procesos no es el mismo, no siendo relevante los fundamentos de defensa del demandado<sup>55</sup>. De este modo, por coherencia los dos procesos deben seguir en paralelo. Si no fuera así y sólo se pudiera declarar competente el “juez de lo contractual” o “el juez de lo delictual”, es decir, el juez ante el que se interpone la primera demanda, esto implicaría que habría cuestiones que quedarían sin resolver. Como se ha sostenido en el presente trabajo, el “juez de lo contractual” no puede conocer en base al art. 7.1 de los aspectos delictuales ni “el juez de lo delictual” puede conocer de las cuestiones contractuales. La admisión de la litispendencia en estos casos implicaría denegación de justicia<sup>56</sup>. Además, no hay que olvidar que el fin de la litispendencia es evitar litigios paralelos que tengan como resultado resoluciones contradictorias. En este tipo de acciones no se tendría que tener miedo a ese efecto contradictorio ya que las causas de las demandas son diferentes.

## V. Conclusiones

**27.** La sentencia objeto de comentario es una sentencia relevante desde la perspectiva de la litigación transfronteriza en materia de daños por infracción del Derecho de la competencia. Esto es así porque es una sentencia que permite acudir al tribunal del lugar donde se ha producido el daño por infringir la competencia, aunque las partes estén vinculadas por un contrato. Esto es una cuestión importante para las pequeñas empresas que se relacionan con grandes plataformas electrónicas como *Booking* o *Amazon*. Si los perjudicados por daños por infringir la competencia basan el fundamento de su demanda en una vulneración del Derecho *antitrust*, esta acción se puede calificar como materia “delictual/extracontractual” en atención al art. 7.2 del R. Bruselas I *bis*, y por tanto se puede presentar la demanda ante el tribunal del lugar donde se produce o se pudiera haber producido el daño, lugar que suele coincidir con el domicilio de la víctima. Un tribunal que a la víctima le podría resultar más próximo para reclamar daños que acudir al foro del domicilio del demandado (art. 4 R. Bruselas I *bis*).

**28.** A nuestro juicio, de esta sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) El art. 7.1 y el art. 7.2 no prevalecen, son foros alternativos, no pudiendo el juez competente vía art. 7.2 conocer de aspectos contractuales. Las competencias accesorias no son posible en virtud de estos foros.

<sup>51</sup> STJCE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, ECLI:EU:C:1994:400, apartado 41.

<sup>52</sup> R. FENTIMAN, “art. 29”, en U.MAGNUS/P.MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I bis Regulation*, vol. 1, Ottoschmidt, 2016, p. 730.

<sup>53</sup> STJCE 8 diciembre 1987, *Gubisch*, 144/86, ECLI:EU:C:1987:528, apartado 19.

<sup>54</sup> R. FENTIMAN, “art. 29”, en ...p. 731.

<sup>55</sup> STJCE 8 mayo 2003, *Gatner Electronic*, C-111/01, ECLI:EU:C:2003:132, apartado 32; STJUE 14 octubre 2004, *Maersk Olie & Gas*, C-39/02, ECLI:EU:C:2004:515, apartado 36.

<sup>56</sup> *Vid.* S. ZOG, “Accumulation of contractual”..., p. 65.

- 2) La calificación de la obligación que sirve de base a la demanda se debe calificar de forma autónoma y esta calificación es lo que permite al juez declararse competente bien mediante el art. 7.1 o el art. 7.2.
- 3) El demandante debe tener muy claro cual es el fundamento de su demanda, ya que su actuación juega un papel fundamental en la determinación de la competencia. Así, debe tener presente que la acción se puede seguir calificando de extracontractual en atención al art. 7.2 R. Bruselas I bis, con independencia de que el demandado alegue la existencia de un contrato y que ambas partes están vinculadas por el mismo.

EL FORO DEL DOMICILIO DEL EMPLEADOR EN LOS  
CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRABAJO. UN APUNTE  
SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL  
DEL TSJ DE MADRID DE 17 DE ABRIL DE 2020

THE FORUM OF THE EMPLOYER'S DOMICILE  
IN INTERNATIONAL LABOUR CONTRACTS. A NOTE  
ON THE JUDGMENT OF THE SOCIAL CHAMBER OF THE  
HIGH COURT OF JUSTICE OF MADRID OF 17 APRIL 2020

UNAI BELINTXON MARTIN

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Pública de Navarra (UPNA)*

Recibido: 12.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5984>

**Resumen:** Interposición de Recurso de Suplicación frente a Sentencia del Juzgado de lo Social que desestima en instancia la demanda interpuesta por despido al apreciar de oficio la incompetencia territorial de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer del hecho controvertido. Falta de competencia apreciada inadecuadamente, y con clara confusión en la delimitación de las relaciones *forum-ius*, por el Juzgado de instancia tras el análisis del derecho sustantivo cubano.

**Palabras clave:** Competencia judicial internacional, Derecho europeo, domicilio del empleador, Reglamento Bruselas I bis, contratos individuales de trabajo.

**Abstract:** Appeal against the judgment of the Social Court dismissing at first instance the action for dismissal on the ground that the Spanish courts did not have jurisdiction to hear the case of their own motion. Lack of jurisdiction, assessed inadequately, and with clear confusion in the delimitation of *forum-ius* relations, by the Court of First Instance after analysis of Cuban substantive law.

**Keywords:** Jurisdiction, European Law, Employer's domicile, recast Brussels I Regulation, individual contracts of employment.

**Sumario:** I. Consideración preliminar. II. Hechos. III. Cuestiones controvertidas y un apunte sobre Derecho internacional privado. 1. El foro del domicilio del empleador y RBI bis 2. Un breve apunte sobre el foro del domicilio del empleador y la LOPJ. IV. Consideración final.

## I. Consideración preliminar

1. El 17 de abril de 2020, la Sección 4ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) estimó mediante Sentencia núm. 210/2020 un recurso de suplicación surgido en procedimiento de despido ante el Juzgado de lo Social número 7 de Madrid en el que de forma concreta se solicitaba la declaración de competencia judicial internacional y territorial del citado Juzgado de instancia para

conocer de la demanda de despido, y tras ello, la devolución de las actuaciones para emitir o dictar nueva sentencia resolviendo sobre el fondo de la pretensión ejercitada por la parte demandante.

2. Indicado lo anterior, el presente comentario tiene por objeto una vez expuestos los hechos acaecidos, analizar las cuestiones más controvertidas y su posible incidencia sobre nuestra disciplina de Derecho internacional privado.

## II. Hechos

3. A la luz de los antecedentes expuestos en la Sentencia núm. 210/2020 de la Sección 4ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), la parte actora, ciudadano cubano, afiliado a UGT, dado de alta y cotizando en la Seguridad Social Cubana, que ha prestado servicios como auxiliar administrativo en Cuba a la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID) adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación español, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.166,59 \$ con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras mediante un contrato de suministro de fuerza de trabajo suscrito entre AECID y la empresa estatal cubana PALCO, interpone demanda por despido frente a ambas (si bien se advierte en la demanda interpuesta que considera la verdadera empleadora a AECID y que únicamente demanda a PALCO para prever o contrarrestar una potencial alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario).

4. La citada demanda fue desestimada mediante sentencia en primera instancia por el Juzgado de lo Social referido al apreciar de oficio la incompetencia territorial de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de la demanda interpuesta por la representación del trabajador, absolviendo a la empresa estatal cubana empleadora PALCO y a la AECID española de todos los pedimentos en su contra.

5. El recurso de suplicación interpuesto por la actora, recurrente ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, fue impugnado por el Abogado del Estado en representación de la AECID. La codemandada no ha comparecido a juicio, ni ha impugnado el recurso interpuesto.

6. El Juzgador de instancia basa su decisión de desestimación en la falta de competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles al considerar acreditado que según el derecho cubano (Decreto-ley nº 55/1982 sobre la contratación del personal de servicios en representaciones extranjeras en la República de Cuba) la prestación de servicios a representaciones extranjeras por personas naturales residentes en Cuba únicamente pueden materializarse concertando un contrato con una empresa estatal cubana, puesto que la prestación de servicios directamente a una delegación extranjera es motivo de sanción penal según el derecho sustantivo o material cubano. En efecto, el juzgador de instancia concluye que debe interpretarse que el contrato se ha concertado con la empresa estatal cubana PALCO y no con AECID, por lo que esta última no ostentaría legitimación pasiva para ser demandada.

7. Los artículos 2, 5 y la disposición especial única de la norma cubana referida son del siguiente tenor:

Art. 2: Los ciudadanos cubanos y los extranjeros residentes permanentes en el país no podrán realizar labores, administrativas, técnicas o de servicios, incluyendo las domésticas o de cualquier otro tipo, a representaciones extranjeras, si no han sido objeto de contrato entre la citada representación extranjera y la empresa estatal correspondiente.

Art.5: El pago de los servicios contratados se efectúa por la representación extranjera sobre la base de las regulaciones establecidas, con cargo a los saldos existentes en las cuentas corrientes abierta a nombre de la representación extranjera en el Banco Nacional de Cuba.

Disposición especial única: Se considera actividad económica ilícita la prestación de servicios personales, sean éstos de naturaleza administrativa, técnica o de cualquier otra, incluido el servicio doméstico, a las representaciones extranjeras a que se refiere el Artículo 1 de este Decreto-Ley, por ciudadanos

cubanos o por extranjeros residentes permanentes en nuestro país, cuando esta prestación se contrate directamente por dichos trabajadores con la representación extranjera.

La conducta referida en el párrafo anterior es sancionada de acuerdo con la legislación penal vigente.

### III. Cuestiones controvertidas y un apunte sobre Derecho internacional privado.

8. De lo expuesto en la sentencia analizada de la Sala de lo Social TSJ de Madrid se refleja claramente el desacuerdo con la resolución de instancia. Muy acertadamente la Sala en el primer fundamento de derecho de su sentencia se dedica a esclarecer la confusión en la delimitación de las relaciones *forum-ius*<sup>1</sup> proyectada por el Juzgado de instancia en su sentencia al advertir que [...] *Resulta prioritario deshacer la confusión en la que se ha incurrido, y así es necesario distinguir la competencia judicial internacional, que implica la determinación de si deben conocer de un asunto los Jueces españoles o los extranjeros, y es por tanto una cuestión de extensión y límites de la Jurisdicción española, y de otra parte la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, aspecto que, evidentemente, es distinto y lógicamente posterior, no previo, al problema de decidir qué jurisdicción nacional es la competente para conocer del asunto. El Juez nacional que resulte competente habrá de resolver el litigio aplicando su derecho nacional propio, o el extranjero que proceda, según las normas de derecho internacional privado.*

9. Resuelta esta cuestión, no menor, el debate jurídico principal lo centra la Sala en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto. Es decir, en primer lugar, si ante el supuesto planteado AECID debe o no considerarse empleadora<sup>2</sup>, y en segundo lugar, estando AECID domiciliada en España si los Juzgados y Tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para conocer de la controversia suscitada por los servicios prestados por el trabajador en la citada representación extranjera en Cuba.

10. La Sala no duda sobre la aplicación al caso del Reglamento Bruselas I bis<sup>3</sup> y proyecta en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto expresamente la siguiente valoración:

Fundamento de Derecho Tercero: [...] En el presente caso ya es de aplicación el 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 es norma sumamente relevante para la materia (“Bruselas I Bis”), en vigor para las acciones judiciales entabladas a partir del 10-1-2015. Este reglamento (al igual que su precedente “Bruselas I”) establece como criterio de su aplicación y a la vez determinante de la competencia el del domicilio del demandado, con independencia de que el demandante no tenga la nacionalidad de un estado miembro o que el litigio no presente vínculos con otros estados miembros de la UE, como sucede en el presente caso. En lo que ahora interesa, si el demandado tiene su domicilio en un estado de la UE, es aplicable el reglamento Bruselas I bis y resulta competente la jurisdicción del estado miembro donde el demandado tiene su domicilio [...]

Fundamento de Derecho Cuarto: Sobre el artículo 21.1 y el RBI bis [...] Artículo 21.1. Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados [...] No es dudoso, conforme a lo que se viene exponiendo, que la AECID, al tener su domicilio en España, estado miembro de la UE, puede ser demandada ante los órganos judiciales de nuestro país. Y ello con independencia de lo que se resuelva sobre cuál es el derecho aplicable y la solución que proceda en el plano sustantivo.

<sup>1</sup> Sobre la cuestión pueden verse el excelente estudio del profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las relaciones entre forum y ius en el Derecho Internacional Privado”, *Anuario español de Derecho internacional*, nº 4, 1977-1978, pp. 89-136. También puede verse una referencia focalizada sobre el Derecho del transporte de la cuestión en: J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, *AEDIPR.*, t. VIII, 2008, pp. 558-559.

<sup>2</sup> O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el derecho comunitario*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008, pp. 107 y ss.

<sup>3</sup> Respecto a la pluralidad de bloques normativos coexistentes y la cascada de la especificidad, puede verse J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Las reglas de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6.

En cuanto a la codemandada empresa estatal cubana Empleadora PALCO, se trata de una entidad extracomunitaria que no tiene su domicilio en un estado miembro de la UE y en concreto no lo tiene en España. El actor tampoco ha prestado servicios en España y por ello no puede ser de aplicación lo previsto en el art. 21.2 en relación con el propio art. 21.1.b) recién transcrito. Con arreglo al art. 6, si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, y ello nos llevaría a la aplicación del art. 25 de la LOPJ, con arreglo al cual no se cumple ninguno de los criterios para poder demandar a PALCO en España.

Sin embargo, se ha de tener presente que la demanda solamente se ha dirigido contra PALCO a efectos de prevenir una posible alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y que el suplico de la demanda solamente pide la condena de la AECID a la readmisión como consecuencia del despido nulo que dicha entidad española ha realizado, según el demandante, quien no pide pronunciamiento alguno en relación con PALCO.

**11.** En efecto, de la lectura combinada de los artículos 21 y 23 del RBI bis se proyectan distintos foros elegibles para aquellos supuestos en los que el trabajador sea el demandante<sup>4</sup>: Así, en primer lugar y a tenor de lo dispuesto por los artículos 21.1.a y 20.2 del RBI bis los empleadores/empresarios domiciliados en un Estado miembro pueden ser demandados ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio<sup>5</sup>. Entendiéndose que aquellos empresarios no domiciliados en la UE pero con sucursales, agencias o filiales abiertas en territorio de la Unión están domiciliados en el Estado Miembro de la UE en el que se encuentre dicha sede. Por otro lado, y según lo preceptuado por el artículo 21.1.b.i el trabajador podrá demandar ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo<sup>6</sup> o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado<sup>7</sup>. Otra opción sería, para aquellos casos en los que el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, interponer la correspondiente acción ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador (artículo 21.1.a.ii)<sup>8</sup>. También cabría la posibilidad para los trabajadores desplazados en el sentido de la Directiva 96/71/CE<sup>9</sup>, modificada por la Directiva UE/2018/957<sup>10</sup>, y según su artículo 6 (norma de transposición España: Ley 45/1999<sup>11</sup> -artículo 16.1-), interponer la acción correspondiente ante los tribunales del Estado en el cual esté prestando servicios el trabajador desplazado temporalmente<sup>12</sup>. Y finalmente, según el artículo 23 del RBI bis, cabe la posibilidad de quedar sometidos mediante acuerdo atributivo de jurisdicción a unos órganos jurisdiccionales determinados y elegidos por empleado y empleador<sup>13</sup>. Eso sí, siempre y cuando el acuerdo atributivo de jurisdicción sea posterior al nacimiento del litigio o

<sup>4</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 2018, Granada, Comares, pp. 1144-1152.

<sup>5</sup> Sobre el foro general del domicilio del demandado, pueden verse las consideraciones realizadas acerca del contrato de embarque internacional en su obra: J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar S.L., 1993, pp. 100 y ss.

<sup>6</sup> J.L. IRIARTE ÁNGEL, "La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos", *CDT*, Octubre 2018, Vol. 10, nº 2, pp. 488-495.

<sup>7</sup> J.F. LOUSADA AROCHENA / R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 52-53

<sup>8</sup> Respecto al ámbito del desplazamiento transfronterizo de trabajos, véase con incidencia sobre el sector de la ley aplicable el excelente estudio de la profesora y amiga M. CASADO ABARQUERO, "Legislación aplicable a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios en la Unión Europea", J.L. GOÑI SEIN / J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dirs), *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 339-369

<sup>9</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. [DOUE L 81/1 de 21 de enero de 1997].

<sup>10</sup> Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. [DOUE L 173/16 de 9 de julio de 2018].

<sup>11</sup> Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. [BOE nº 286 de 30 de noviembre de 1999].

<sup>12</sup> M.C. VAQUERO LÓPEZ, "Mecanismos de Derecho Internacional Privado Europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas", *AEDIPr*, nº 17, 2017, pp. 425-471.

<sup>13</sup> U. BELINTXON MARTÍN, "Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 611-642.

permita al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en el comentado artículo 21 del RBI bis<sup>14</sup>.

### 1) El foro del domicilio del empleador y RBI bis

12. Acierta de plano el TSJ de Madrid al observar la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer del supuesto planteado en lo dispuesto por el artículo 21.1.a del RBI bis. Un foro muy utilizado en la realidad práctica por parte de personas trabajadoras nacionales españolas, e incluso extranjeras, que prestan servicios como empleadas para la Administración Pública española y sus organismos dependientes<sup>15</sup>, muchas de ellas desempeñando habitualmente su trabajo en un tercer Estado. Nuestra jurisprudencia es firme al considerar en sus resoluciones de forma reiterada que la Administración Pública española, el Ministerio de Asuntos Exteriores para los casos de embajadas y consulados y otros, tiene sin ningún género de dudas su domicilio en España.

13. En consecuencia, las personas que prestan servicios en tales representaciones españolas en el extranjero pueden articular acción judicial para la defensa de sus derechos ante los tribunales españoles. Así lo dicta el referido artículo 21.1.a del RBI bis, y así lo ha aplicado correctamente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desplazando además la aplicación del artículo 25 LOPJ, en esta sentencia comentada de 17 de abril de 2020, y en otras anteriores, como por ejemplo en su sentencia de 16 de noviembre de 2004<sup>16</sup> en la que, aunque con cierta confusión respecto al Convenio de Bruselas de 1968, en el párrafo 12 de su Fundamento de Derecho Único de forma correcta y clarificadora indica que [...] *“Encontrándonos pues, dentro del ámbito de aplicación material y espacial del Convenio, éste es plenamente aplicable, en cuanto normativa que desplaza, en situaciones como la que se analiza, las soluciones contenidas en la LOPJ, las cuales serían de aplicación para el supuesto de inexistencia de Convenios que regularan la materia”*, y en su sentencia 26 de septiembre de 2005<sup>17</sup> en la que previo análisis de la nulidad del acuerdo atributivo de jurisdicción recogido en contrato laboral por incumplir los requisitos impuestos por el artículo 21 del RBI (actual artículo 23 RBI bis), aplica correctamente el artículo 19.1 del RBI (hoy artículo 21.1.a del RBI bis) otorgando competencia judicial internacional a los tribunales españoles. Sin duda es clarificador su Fundamento de Derecho cuarto al recoger que *“[...] Se trata, como se ve, de foro electivo a favor de los trabajadores demandantes, por lo que los Tribunales españoles del orden jurisdiccional social sí cuentan con competencia judicial internacional para conocer de la controversia que separa a los litigantes, habida cuenta que el domicilio del Departamento ministerial demandado radica en España, y sin que a ello sea óbice el dato de que pudieran haber planteado también alguna reclamación judicial ante los Tribunales italianos, dado el lugar de su prestación de servicios y el carácter electivo del foro que ya señalamos.”*

14. Así lo ha entendido también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 12 de junio de 2003<sup>18</sup> que con reiterada cita jurisprudencial al TJUE vino a declarar competentes a los Juzgados y Tribunales españoles, aunque los trabajadores fueran de nacionalidad colombiana, prestaren servicios en Colombia y fuesen residentes en Colombia puesto que el demandado era un Ministerio español. Concluye la Sala del Tribunal Supremo muy acertadamente en su Fundamento de Derecho Tercero, párrafos III, IV y V que:

<sup>14</sup> U. BELINTXON MARTÍN, “Capítulo XIV. Contratos internacionales de trabajo y competencia judicial internacional: La perspectiva del Tribunal Supremo”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coords.), *El Tribunal Supremo y el derecho internacional privado*, Vol. 1, Tomo 1, 2019, pp. 321-334

<sup>15</sup> Sobre la delimitación del concepto: M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 184.

<sup>16</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), 16 noviembre 2004, [CENDOJ. ECLI: ES: TSJM: 2004:14142].

<sup>17</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), 26 septiembre 2005, [CENDOJ. ECLI: ES: TSJM: 2005:953].

<sup>18</sup> STS (Sala de lo Social) 12 junio 2003. [Aranzadi. RJ 2003\4585].

*[...] El Convenio de Bruselas establece un fuero general, único y excluyente: el del domicilio del demandado sito en el territorio de la Comunidad Europea, al que se circunscribe su ámbito espacial. A tal efecto, su artículo 2 dispone que: «salvo lo dispuesto en el presente Convenio, las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado». Dicha previsión se corresponde con la preocupación manifestada por los países signatarios en su preámbulo de «fortalecer en la Comunidad la protección jurídica de las personas establecidas en la misma» (así lo recuerda el TJCE en sentencia de 13-7-1993 [ TJCE 1993, 119], núm. C-125/1992) y con la creencia de que es en el Estado de su domicilio donde mejor podrá defenderse el demandado. El fuero del domicilio del demandado es pues vinculante, salvo en los supuestos excepcionales previstos en los artículos 5.1 (competencias especiales, con fueros electivos para el demandante) y 16 (competencias exclusivas con diversos fueros obligatorios) que no son de interés para el debate [...]*

*[...] Además, el citado fuero general se impone necesariamente en su ámbito, cualesquiera que sean los elementos de extranjería que confluyan en la controversia [...] Consiguientemente el Convenio de Bruselas resulta aplicable al presente caso, aunque los demandantes sean de nacionalidad colombiana y residan en Colombia.*

*[...] De lo expuesto se sigue que el art. 25.1 LOPJ cede ante el Convenio Bruselas. Y que los fueros alternativos que dicho precepto establece (lugar de la prestación de servicios, lugar de celebración del contrato y nacionalidad española de ambas partes contratantes) sólo son válidos fuera del ámbito material y espacial de dicho Convenio.*

**15.** Más recientemente la Sala del Tribunal Supremo se vuelve a pronunciar en similares términos en su sentencia de 16 de enero de 2018<sup>19</sup> manteniendo el criterio anterior e indicando expresamente en su Fundamento de Derecho Tercero con independencia del desplazamiento de los trabajadores a Argelia que:

*[...] Téngase presente también que las normas del Reglamento cuya infracción se denuncia lo que pretenden, precisamente es proteger a la parte contratante más débil mediante reglas de competencia más favorables a los intereses de esa parte, STJUE 10 septiembre de 2015. En nuestro caso, habida cuenta del lugar en que han sido contratados, de su nacionalidad, del domicilio social de la primera empresa contratante y del carácter instrumental de la empleadora formal (la que, al cabo, despide) es claro que el Reglamento permite que la demanda se presente ante los Tribunales españoles. Es el foro general (domicilio del empleador) el que activan los trabajadores y el que debe considerarse competente.*

## 2) Un breve apunte sobre el foro del domicilio del empleador y la LOPJ

**16.** En relación a esta cuestión, merece un mero apunte con la única pretensión de desplazar la aplicación del artículo 25 de la LOPJ invocado en el pleito de la sentencia comentada y que resuelve muy acertadamente la Sala del TSJ de Madrid. Debe recordarse que dicho artículo 25 LOPJ se activará únicamente en aquellos casos en los que no sean aplicables ni las normas convencionales de las que forma parte España, ni las normas contenidas en el RBI bis que para este caso sí son de aplicación<sup>20</sup>.

**17.** En efecto la activación de la LOPJ responde exclusivamente a aquellos supuestos que no estén cubiertos por el RBI bis o por cualquier otra norma internacional<sup>21</sup>.

**18.** Recuérdesse además que tal y como hemos expuesto las embajadas españolas, consulados y otros, dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores español, pueden ser demandadas mediante la activación del foro del domicilio demandado ante los tribunales españoles siendo el artículo 21.1.a del

<sup>19</sup> STS (Sala de lo Social), 16 enero 2018. [Aranzadi. ECLI: ES: TS: 2018:375].

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, entre otras: STS, Sala de lo Social, de 4 de junio de 1986. [Aranzadi. RJ/1986/3460]. Y, STS, Sala de lo Social, de 14 de julio de 1988. [Aranzadi RJ/1988/5825].

<sup>21</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley*, 46, 2017, pp. 1-8.

RBI bis el instrumento normativo europeo plenamente invocable y aplicable por parte de los Tribunales<sup>22</sup>. No cabe aplicar en estos casos el artículo 25 de la LOPJ, pues como advertimos anteriormente los instrumentos internacionales aplicables en España y los Reglamentos Europeos desplazan la aplicación de las normas de producción interna<sup>23</sup>. En efecto, si el demandado tiene su domicilio para este tipo de controversias en territorio español, la competencia judicial de los tribunales españoles debe sostenerse sobre el artículo 21.1.a del RBI bis y no sobre el artículo 25 LOPJ como proyecta la jurisprudencia analizada anteriormente.

#### IV. Consideración final

**19.** La Sala de lo Social del TSJ de Madrid revierte adecuadamente el pronunciamiento de instancia al estimar el recurso interpuesto en súplica por el trabajador y declarando la competencia judicial internacional y territorial del Juzgado de lo Social nº7 de Madrid para conocer de la demanda y resolver sobre el fondo del asunto. La Sala acierta de plano al imponer al juzgador de instancia el resolver el pleito suscitado teniendo en consideración la activación del foro del domicilio del empleador del artículo 21.1.a según los criterios hermenéuticos establecidos por la doctrina jurisprudencial estatal y del TJUE, puesto que AECID dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores español tiene su domicilio en España.

---

<sup>22</sup> J.L. IRIARTE ÁNGEL, “El contrato de trabajo internacional: algunas cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad del País Vasco, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 119 y ss.

<sup>23</sup> Sobre el artículo 25 LOPJ y su aplicación, entre otras: STS, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 1989. [Aranzadi. RJ/1989/7433].

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL  
DERIVADA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.  
SAP BARCELONA 19 JUNIO 2020

THE CIVIL NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING  
FROM ROAD TRAFFIC ACCIDENTS.  
JUDGEMENT OF THE AP BARCELONA 19 JUNE 2020

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 03.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5985>

**Resumen:** El presente trabajo trata sobre la responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de circulación ocurrido Portugal. Será analizada la competencia judicial internacional de los tribunales españoles conforme al Reglamento 1215/2012 y la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 1971.

**Palabras clave:** accidente de circulación, perjudicado, asegurador, Reglamento 1215/2012, Convenio de La Haya de 1971.

**Abstract:** This paper deals with the civil non-contractual liability arising from a road traffic accident in Portugal. The jurisdiction of the Spanish courts by virtue of Regulation (EU) 1215/2012 and the applicability of the 1971 Hague Convention will be analysed.

**Keywords:** road traffic accident, injured party, insurer, Regulation (EU) 1215/2012, 1971 Hague Convention.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos del caso. III. Competencia judicial internacional. A) Norma aplicable. B) Foros para el ejercicio de la acción directa. IV. Ley aplicable. A) Norma aplicable. B) La Ley del país del accidente. V. Prueba del Derecho extranjero. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En el presente trabajo se analiza la SAP Barcelona 19 junio 2020, relativa a la responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de circulación que tuvo lugar en una carretera de Portugal en julio de 2016<sup>1</sup>.

2. Serán objeto de análisis una serie de cuestiones de la Sentencia, relativas a la competencia judicial internacional, la Ley aplicable y la prueba del Derecho extranjero.

---

<sup>1</sup> SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, Roj: SAP B 5205/2020, ECLI: ES:APB:2020:5205.

Así, serán tratados los siguientes aspectos:

- a) La norma sobre competencia judicial internacional y el foro que permite conocer de este asunto a los tribunales españoles. Se determinará si es aplicable un foro del *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>2</sup>, tal y como se sostuvo en la resolución de primera instancia; o el *Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>3</sup>.
- b) La norma que determina la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual y cuál es dicha Ley. Como se verá, en la Sentencia se reflexiona sobre la relación existente entre el *Convenio sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971* y el *Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")*<sup>4</sup>.
- c) La prueba del Derecho extranjero y, en concreto, la relevancia del art. 33.3 de la *Ley 29/2015, de 30 julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*<sup>5</sup>.

## II. Hechos del caso

3. El 26 de julio de 2016 tuvo lugar un accidente de circulación en una carretera de Portugal<sup>6</sup>. En dicho accidente, resultaron implicados dos vehículos: un camión de matrícula española y un camión articulado de matrícula portuguesa<sup>7</sup>.

4. El propietario del camión de matrícula española demandó a la representante española de la aseguradora portuguesa del camión articulado<sup>8</sup>. El demandante alegaba que el accidente había sido provocado por el adelantamiento del camión de matrícula portuguesa cuando el camión de matrícula española había señalizado ya una maniobra de giro<sup>9</sup>. Así, ante los tribunales españoles, el demandante solicitó una indemnización de 12.100 euros, correspondiente al coste de reparación del camión que había tenido que abonar<sup>10</sup>.

5. La representante española de la aseguradora portuguesa se opuso alegando que la causa del accidente había sido la incorrecta maniobra de giro y que el atestado de la policía portuguesa no respaldaba las alegaciones del demandante<sup>11</sup>. Así, la demandada consideraba que era la aseguradora española del camión de matrícula española la que debía indemnizar por los daños que había sufrido el camión articulado de matrícula portuguesa<sup>12</sup>.

<sup>2</sup> DOCE núm. L 12, de 16 enero 2001, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj>.

<sup>3</sup> DOUE núm. L 351, de 20 diciembre 2012, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>.

<sup>4</sup> Respectivamente, Instrumento de ratificación de 4 septiembre 1987, *BOE* núm. 264, de 4 noviembre 1987; rect. *BOE* núm. 307, de 24 diciembre 1987, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-24741> y *DOUE* núm. L 263, de 7 octubre 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>.

<sup>5</sup> *BOE* núm. 182, de 31 julio 2015, <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/30/29>.

<sup>6</sup> SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, Roj: SAP B 5205/2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, Fundamento de Derecho Primero, punto I.

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> *Ibidem*, Fundamento de Derecho Primero, punto II.

<sup>12</sup> Ídem.

### III. Competencia judicial internacional

#### A) Norma aplicable

6. Mientras que en la resolución de primera instancia se aplicó el *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento 44/2001); la Audiencia Provincial determina que la norma aplicable a tal extremo es el *Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento 1215/2012).

7. El Reglamento 44/2001 y el Reglamento 1215/2012 resultan ambos aplicables a materia civil y mercantil (art. 1) -encontrándose incluida, por lo tanto, la responsabilidad civil extracontractual-; por los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea (respectivamente, art. 76 y art. 81); y, con carácter general, cuando el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro (respectivamente, art. 2 y art. 4).

Existe una importante diferencia en lo que respecta al ámbito temporal, dado que el Reglamento 44/2001 era aplicable a las demandas interpuestas a partir del 1 de marzo de 2002 (art. 66.1 y art. 76); mientras que el Reglamento 1215/2012 sustituye al anterior en caso de demandas interpuestas a partir del 10 de enero de 2015 (art. 66.1, art. 80 y art. 81).

8. Por lo tanto, tal como indica la Audiencia Provincial, la norma aplicable para determinar la competencia judicial internacional es el Reglamento 1215/2012, dado que se interpuso la demanda después del 10 de enero de 2015<sup>13</sup>.

#### B) Foros para el ejercicio de la acción directa

9. Se señala que en primera instancia se demandó a la representante en España de la aseguradora portuguesa, tras la respuesta negativa a una reclamación extrajudicial, y que la demandada admitió que los tribunales españoles resultaban competentes en virtud de la *Directiva 2000/26 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo* (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles) y del Reglamento 44/2001<sup>14</sup>.

En la SAP se indica que conforme al "...indicado Reglamento nº 1215/2012 (art. 4.1), las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Por tanto, al resultar acreditado que la entidad demandada tiene domicilio en España, es clara la competencia de los tribunales españoles. La parte demandada no ha hecho cuestión de esta materia, de modo que, en todo caso, se daría el supuesto previsto en el artículo 26.1 del Reglamento 1215/2012 dado que el demandado ha comparecido en las actuaciones sin discutir la indicada competencia"<sup>15</sup>.

10. Habiendo ya sido aclarado que la norma aplicable es el Reglamento 1215/2012, cabe referirse a continuación a la circunstancia de que se ha demandado al representante español para la tramitación y liquidación de siniestros de la aseguradora portuguesa.

<sup>13</sup> *Ibidem*, Fundamento de Derecho Segundo, punto II.

<sup>14</sup> *Ibidem*, Fundamento de Derecho Primero, puntos I y II. Sobre la Directiva 2000/26, vid. *DOCE* núm. L 181, de 20 julio 2000, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/26/oj>.

<sup>15</sup> SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, Roj: SAP B 5205/2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, Fundamento de Derecho Segundo, punto II.

En el caso, se hace referencia a la Directiva 2000/26. Tanto la Directiva 2000/26 como la *Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad*<sup>16</sup>-que derogó la Directiva 2000/26-, establecen que la designación del representante para la tramitación y liquidación de siniestros no es un establecimiento a los efectos del Reglamento 44/2001 (art. 4.8 Directiva 2000/26 y art. 21.6 Directiva 2009/103) y, por lo tanto, tampoco lo es en el ámbito del Reglamento 1215/2012<sup>17</sup>.

**11.** Ello nos hace plantearnos, entonces, la posible falta de legitimación pasiva del representante para la tramitación y liquidación de siniestros. Sobre esta cuestión se pronunció el TJUE en su Sentencia de 15 diciembre 2016, relativa a un accidente de circulación que tuvo lugar en España y con motivo del que se interpuso en Portugal una demanda contra el representante en Portugal de una aseguradora española. El TJUE determinó que “el artículo 4 de la Directiva 2000/26 debe interpretarse en el sentido de que no exige que los Estados miembros establezcan que ante los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de acciones de indemnización ejercitadas por perjudicados (...) puedan ser demandados, en lugar de serlo las entidades aseguradoras a las que representan, los representantes mismos encargados, en virtud del propio artículo 4 de la Directiva, de la tramitación y liquidación de siniestros”<sup>18</sup>.

Al respecto, el Considerando trigésimo octavo de la Directiva 2009/103 determina que “La acción del representante para la tramitación y liquidación de siniestros no es suficiente para atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del perjudicado si ello no está previsto por normas de Derecho internacional privado sobre atribución de competencias jurisdiccionales”. Por ello, para saber dónde puede el perjudicado demandar al asegurador del responsable -en ejercicio de la acción directa-, ha de acudir a las normas de Derecho internacional privado y, como hemos indicado, dicha norma es el Reglamento 1215/2012.

**12.** En el caso, entendemos que el demandante desea ejercitar una acción directa ante los tribunales españoles contra el asegurador del sujeto al que considera responsable. El Reglamento 1215/2012 dedica a la competencia judicial internacional en materia de seguros la Sección 3 del Capítulo II, con la excepción del foro de la sumisión tácita, que se encuentra previsto en el art. 26<sup>19</sup>. En la Sección 3 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012, se contempla el foro de sumisión expresa (art. 15) y, en defecto de la misma, una serie de foros que permiten al tomador, asegurado o beneficiario interponer una demanda contra el asegurador.

**13.** Cuando el demandante es el *perjudicado*, procede referirse al art. 13.2 del Reglamento 1215/2012, que establece que “Los artículos 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa enjuiciada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible”.

El art. 11.1.a) del Reglamento 1215/2012 determina que cabe demandar al asegurador ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio. Como la aseguradora se encuentra domiciliada en Portugal, mediante este foro no lograría el demandante su objetivo de litigar ante los tribunales españoles.

<sup>16</sup> *DOUE* núm. L 263, de 7 octubre 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/103/oj>.

<sup>17</sup> Vid. H. HEISS, “Article 13”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 425; F. F. GARAU SOBRINO, “El TJCE nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)”, *AEDIPR*, t. VII, 2007, p. 649.

<sup>18</sup> STJUE 15 diciembre 2016, asunto C-558/15, *Alberto José Vieira de Azevedo y otros contra CED Portugal Unipessoal, Lda, e Instituto de Seguros de Portugal - Fundo de Garantia Automóvel*, ECLI:EU:C:2016:957, apartado 39. Vid. también la SAP Barcelona 13 junio 2018, Roj: SAP B 6940/2018, ECLI: ES:APB:2018:6940, en la que se apreció falta de legitimación pasiva del representante en España de una aseguradora francesa: “...se concluye que la ley española no establece una legitimación pasiva de los RTLS que permita su condena a abonar la responsabilidad de la aseguradora”.

<sup>19</sup> Vid. STJUE 20 mayo 2010, *Michal Bilas*, asunto C-111/09, ECLI:EU:C:2010:290, en especial, apartados 24, 25 y 30. Entre otros, vid. A. L. CALVO CARAVACA / 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”, *CDT*, vol. 2, núm. 2, octubre 2010, pp. 236-241.

Continuando con la remisión que hace el art. 13.2 del Reglamento 1215/2012 a los arts. 10, 11 y 12, cabe destacar que el art. 11.1.b) contempla el foro del lugar del domicilio de demandante. En virtud del pronunciamiento del TJCE en el caso *Odenbreit*, los perjudicados que se encuentran domiciliados en un Estado miembro pueden ejercitar una acción directa –siempre que la Ley aplicable la permita– ante los tribunales del lugar de su propio domicilio contra el asegurador del responsable que se encuentra domiciliado en un Estado miembro<sup>20</sup>.

14. Por ello, el demandante -perjudicado domiciliado en España-, podría demandar a la aseguradora portuguesa ante los tribunales españoles y, específicamente, ante los del lugar del concreto domicilio del demandante, al contemplar el art. 11.1.b) un *foro especial*, que determina la competencia judicial internacional y territorial<sup>21</sup>. Con ello, el perjudicado lograría por esta vía el objetivo de litigar ante los tribunales del lugar de su propio domicilio, sin tener que acudir a los tribunales portugueses (que son los tribunales del Estado miembro del domicilio del asegurador).

#### IV. Ley aplicable

##### A) Norma aplicable

15. Tanto el demandante como el demandado consideran que la norma que ha de determinar la Ley aplicable es el *Convenio sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971* (en adelante, Convenio de La Haya de 1971), al entender que prevalece sobre el *Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)*. Sin embargo, la Audiencia Provincial entiende que es aplicable el Reglamento Roma II, dado que “...un Reglamento de la UE siempre prevalecerá sobre un Convenio”, “...El principio de especialidad (...) no puede ser aplicado a la presente situación puesto que una Convención, por muy específica y particular que sea, nunca puede derogar o contradecir un Reglamento (...). Además, en cualquier caso, el Convenio de la Haya de 1971 tampoco resultaría de aplicación porque no ha sido ratificado por Portugal”<sup>22</sup>.

16. Con respecto al ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1971, cabe recordar que<sup>23</sup>: a) determina la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera (art. 1); b) se encuentra en vigor para España desde el 21 de noviembre de 1987; c) es un Convenio *erga omnes*, de tal forma que no resultan relevantes datos como el lugar en el que se ha producido el accidente, las circunstancias personales de las partes (ej. nacionalidad, domicilio, residencia habitual) ni las circunstancias del vehículo.

<sup>20</sup> STJCE 13 diciembre 2007, *FBTO Schadeverzekeringen NV contra Jack Odenbreit*, asunto C-463/06, ECLI:EU:C:2007:792, apartados 25, 26 y 31. Al respecto, vid., entre otros, V. FUENTES CAMACHO, “Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos”, *RC. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, año 46, núm. 2, febrero 2010, p. 16; F. F. GARAU SOBRINO, “El TJCE nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)”, *AEDIPR*, t. VII, 2007, pp. 643-659; el comentario de la mencionada Sentencia de E. PATAUT, *RCDIP*, vol. 98, 2009, pp. 366-373; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “3 x 1 = Competencia judicial internacional, determinación de la Ley aplicable y prueba del derecho extranjero en materia de accidentes de circulación por carretera (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020)”, *Diario La Ley*, núm. 9724, 27 octubre 2020, p. 6; L. F. REGLERO CAMPOS, “Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (Notas a la sentencia del TSJCE de 13 de diciembre de 2007)”, *Diario La Ley*, núm. 6894, 29 febrero 2008, pp. 1817-1820. Cabe tener presente que el art. 18 de la Directiva 2009/103 establece que los Estados miembros han de garantizar el derecho de los perjudicados a tal acción directa.

<sup>21</sup> Vid., entre otros, H. HEISS, “Article 11”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 415.

<sup>22</sup> SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, Roj: SAP B 5205/2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, Fundamento de Derecho Tercero, punto I.

<sup>23</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, t. III, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 1080-1081.

Por su parte, el Reglamento Roma II<sup>24</sup>: a) rige la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil -estando incluida la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación por carretera- (art. 1); b) se aplica a los hechos generadores del daño producidos a partir del 11 de enero de 2009; c) vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca; d) es un Reglamento *erga omnes*.

17. Cuando se trata de un caso en el que resultan competentes los tribunales españoles, al ser España un Estado parte del Convenio de La Haya de 1971 y también al resultar vinculado por el Reglamento Roma II, resulta preciso concretar cuál de las dos normas ha de prevalecer.

Al respecto, procede referirse al art. 28 del Reglamento Roma II y al art. 15 del Convenio de La Haya de 1971. El art. 28 del Reglamento Roma II establece que: “1. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales. 2. No obstante, por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento, en la medida en que afecte a las materias reguladas por el mismo, primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros”. El art. 15 del Convenio de La Haya de 1971 determina que el Convenio no afecta a otros Convenios presentes o futuros “que, en materias específicas, contengan disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación por carretera”<sup>25</sup>.

18. Teniendo en cuenta que: a) el Convenio de La Haya de 1971 regula una materia también incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II; b) el Convenio de La Haya de 1971 es un convenio internacional de fecha anterior al Reglamento Roma II; c) el Convenio de La Haya de 1971 es un convenio internacional del que son parte tanto algunos Estados miembros como terceros Estados -es decir, no es un convenio celebrado exclusivamente entre Estados miembros-; y d) el Reglamento Roma II es una norma de carácter general, no específico; entonces, para los Estados miembros que son parte en el Convenio de La Haya de 1971 -como España-, el Convenio es el instrumento que ha de determinar la Ley aplicable<sup>26</sup>.

19. La norma aplicable sería diferente en caso de que se hubiera demandado al asegurador ante los tribunales portugueses ya que, en tal supuesto, al no haber ratificado Portugal el Convenio de La Haya de 1971, sí que sería aplicable el Reglamento Roma II por los tribunales portugueses<sup>27</sup>.

## B) La Ley de país del accidente

20. La SAP determina aplicable la Ley portuguesa, en virtud del art. 4.1 del Reglamento Roma II. Como se ha expuesto, procede en realidad aplicar el Convenio de La Haya de 1971. Así, teniendo en

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 1005-1010.

<sup>25</sup> J. VON HEIN, “Article 4 and Traffic Accidents”, en J. AHERN / W. BINCHY (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. A New International Litigation Regime*, Leiden-Boston, 2009, pp. 157-158.

<sup>26</sup> Ídem y, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, Comares, 2008, pp. 171-172; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 359; H. HEISS, “Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislature”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, p. 264; H. HEISS, “Article 13”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 423; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, p. 706; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual por un accidente de circulación por carretera ocurrido en Portugal. Comentario a la SAP de Pontevedra, Sección 6ª, 293/2014 de 16 de mayo, rec. 959/2012”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, 2016, p. 319.

<sup>27</sup> Sobre los Estados que han ratificado el Convenio de La Haya de 1971, vid. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=81> (fecha de consulta: 26 noviembre 2020).

cuenta que en el accidente estuvieron implicados dos vehículos matriculados uno en España y otro en Portugal, y que no resultaron implicadas personas que se encontrasen fuera de los vehículos, resulta de aplicación el art. 3 del Convenio de La Haya de 1971<sup>28</sup>. Conforme a dicho precepto, la Ley aplicable es la Ley interna del Estado en cuyo territorio tuvo lugar el accidente, es decir, la Ley portuguesa.

**21.** La Ley portuguesa es la que determina, por un lado, que el demandante puede ejercitar la acción directa contra el asegurador del responsable (art. 9 del Convenio de La Haya de 1971, que establece, con carácter general, que la acción directa es posible si así la contempla la Ley aplicable conforme al art. 3)<sup>29</sup>. Por otro, la Ley portuguesa, al ser la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, rige todas las cuestiones a las que se refiere el art. 8 del Convenio<sup>30</sup> (ej. las condiciones y el alcance de la responsabilidad, la existencia y la índole de los daños indemnizables, la prescripción y caducidad por expiración de un plazo, etc.).

## V. Prueba del Derecho extranjero

**22.** La última cuestión a la que nos referiremos es la relativa a la prueba del Derecho portugués que, como se ha indicado, es la Ley aplicable al caso.

Como el Convenio de La Haya de 1971 no regula la prueba del Derecho extranjero, dicha cuestión se rige por el Derecho internacional privado de producción interna del tribunal que conoce del asunto<sup>31</sup>.

**23.** En la Sentencia se indica que el demandante solicitó una indemnización de 12.100 euros, entendiendo que el camión articulado de matrícula portuguesa había vulnerado el art. 38 del Código de Circulación de Portugal y que procedía sumar a la cantidad reclamada los intereses conforme al art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro<sup>32</sup>.

**24.** La Audiencia Provincial, al igual que en primera instancia, plantea que las partes se han remitido al Código de Circulación de Portugal, si bien ésta es una norma de carácter administrativo que no regula la responsabilidad civil<sup>33</sup>. Por dicho motivo, la Audiencia considera acertada la decisión de primera instancia que, entendiendo que no había sido probado el Derecho extranjero, procedió a aplicar Derecho español, en virtud del art. 33.3 de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil*<sup>34</sup>.

**25.** Nos encontramos, por lo tanto, ante un caso en el que, si bien las partes se remiten al Derecho extranjero que resulta aplicable -Derecho portugués-, no lo hacen a la norma que, en concreto, resulta aplicable en materia de responsabilidad civil, sino a una norma portuguesa de carácter administrativo<sup>35</sup>.

---

<sup>28</sup> Vid. la comparación que se realiza entre las soluciones del Convenio de La Haya de 1971 y del Reglamento Roma II, en A. ORTEGA GIMÉNEZ, “3 x 1 = Competencia judicial internacional, determinación de la Ley aplicable y prueba del derecho extranjero en materia de accidentes de circulación por carretera (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020)”, *Diario La Ley*, núm. 9724, de 27 octubre 2020, pp. 7-8.

<sup>29</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, t. III, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, p. 1083.

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 1081.

<sup>32</sup> SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, Roj: SAP B 5205/2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, Fundamento de Derecho Primero, punto I. El art. 38 del Código mencionado se refiere a la realización de maniobras (vid. versión consolidada del *Código da Estrada*, Lei núm. 72/2013, *Diário da República* núm. 169/2013, Série I de 3 septiembre 2013, ELI: <https://data.dre.pt/eli/lei/72/2013/p/cons/20200114/pt/html>).

<sup>33</sup> SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, Roj: SAP B 5205/2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, Fundamento de Derecho Tercero, punto II.

<sup>34</sup> BOE núm. 182, de 31 julio 2015, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/30/29/con>

<sup>35</sup> No se trata, por lo tanto, de un caso en el que el demandante omite cualquier referencia al Derecho extranjero. Vid. SAP Asturias 10 febrero 2012, JUR\2012\88962, Fundamento de Derecho Tercero, relativa a un accidente de circulación ocurrido en Marruecos, caso en el que el demandante se basó únicamente en el Derecho español y la parte demandada alegó que resultaba

Cabe apuntar que la referencia al Código de Circulación de Portugal no es totalmente carente de sentido, puesto que el art. 7 del Convenio de La Haya de 1971 establece que, para determinar la responsabilidad "...se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente" y, como se ha indicado, el accidente tuvo lugar en Portugal.

**26.** Esta remisión al Código de la Circulación de Portugal y no a la norma en materia de responsabilidad civil también se produjo, por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP Madrid 17 enero 2019, relativa a un accidente de circulación que tuvo lugar en Portugal el 3 de febrero de 2015<sup>36</sup>. En este caso, el demandante aludió al mencionado Código, pero no acreditó la norma portuguesa que regía la responsabilidad en materia de circulación de vehículos de motor<sup>37</sup>. La Audiencia Provincial de Madrid, citando la STS 17 abril 2015, entendió que se trataba de un caso de falta de prueba del Derecho extranjero y que, por ello, procedía la aplicación del Derecho español<sup>38</sup>.

**27.** La solución que acoge la SAP Barcelona 19 de junio 2020 provoca también que se aplique el Derecho español a un caso al que la norma de conflicto determina aplicable el Derecho portugués. Así, en la SAP se sigue la "tesis de la aplicación sustitutiva" del Derecho español<sup>39</sup>. Para ello, un supuesto excepcional, como es el contemplado en el art. 33.3 LCJIMC ("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"), es empleado en la Sentencia como argumento para justificar la aplicación del Derecho español<sup>40</sup>.

**28.** Cabría sostener, como apunta parte de la doctrina, que cuando el art. 33.3 LCJIMC se refiere a "aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero", está haciendo alusión a casos de "imposibilidad fáctica de prueba del Derecho extranjero", imposibilidad que no concurre en el caso analizado<sup>41</sup>. Siguiendo la tesis de este sector doctrinal, al no encontrarse basada la demanda en la norma portuguesa en materia de responsabilidad civil, cabría entender que no ha sido correctamente fundamentada la pretensión y, por ello, en lugar de activar el art. 33.3 LCJIMC, la Audiencia Provincial podría haber desestimado la demanda por este motivo<sup>42</sup>.

## VI. Conclusiones

**29.** Los perjudicados en un accidente de circulación con elemento extranjero pueden ejercitar una acción directa ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio (y, en concreto, del *lugar* de

---

aplicable el Derecho marroquí, pero se limitó a invocar al respecto el principio "iura novit curia". Vid. también, sobre la "mera invocación genérica", A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, t. I, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, p. 688.

<sup>36</sup> SAP Madrid (Sección 12ª) 17 enero 2019, ECLI: ES:APM:2019:773, Fundamento de Derecho Cuarto: "No obstante, si bien el demandante alude al artículo 30 del Código de Circulación Portugués, no acredita la norma reguladora de la responsabilidad en materia de circulación de vehículos de motor aplicable en dicho país (...). La parte demandada, a este respecto, señala que es aplicable la legislación portuguesa y que dado que la actora cita la legislación española, la demanda debe ser desestimada, si bien señalando, subsidiariamente, que si se entendiese de aplicación la legislación española lo procedente sería desestimar la demanda".

<sup>37</sup> *Ibidem*, Fundamento de Derecho Cuarto.

<sup>38</sup> *Ídem*.

<sup>39</sup> Con respecto a las críticas a dicha tesis, vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, t. I, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 710-711.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 710. Vid. STS 3 abril 2018, ECLI: ES:TS:2018:1228, Fundamento de Derecho cuarto, que apunta "la aplicación al caso del derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, resulta incorrecta".

<sup>41</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, t. I, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, p. 717.

<sup>42</sup> *Ídem*.

su domicilio) contra el asegurador domiciliado en otro Estado miembro. Dicho foro se encuentra basado en la remisión que el art. 13.2 del Reglamento 1215/2012 hace al art. 11.1.b), atendiendo a la interpretación que de tal remisión ha hecho el Tribunal de Justicia en el caso *Odenbreit*.

Por esta vía, el perjudicado logra -siempre que la Ley aplicable permita la acción directa-: a) litigar ante los tribunales del lugar de su domicilio contra el asegurador del responsable; b) evita litigar ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del asegurador; y c) no surgirán dudas sobre la falta de legitimación pasiva de los representantes para la tramitación y liquidación de siniestros.

**30.** Cuando los tribunales competentes son los españoles, la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera ha de venir determinada por el Convenio de La Haya de 1971. Ello se debe a que, en virtud del art. 28 del Reglamento Roma II, el Convenio prevalece sobre el Reglamento en los Estados miembros que lo han ratificado.

**31.** Si la Ley aplicable, en virtud del Convenio de La Haya de 1971, es un Derecho extranjero, los perjudicados han de probar tal Derecho ante los tribunales españoles. Si bien resulta pertinente la referencia a normas administrativas de circulación y seguridad del lugar del accidente (puesto que el Convenio de La Haya de 1971 establece que tales normas serán tenidas en cuenta para determinar la responsabilidad); los perjudicados han de tener presente que tales normas no rigen la responsabilidad civil y, por lo tanto, tienen que probar el Derecho que rige esta última.

**32.** A la vista de la complejidad que rodea a casos como el analizado, cabe concluir, inspirándonos en una conocida película: “mal día para tener un accidente”.

LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y LA ELEGANCIA  
DE LA NORMA DE CONFLICTO. APOSTILLAS  
A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16 JULIO 2020\*

APPLICABLE LAW TO DIVORCE AND THE ELEGANCE  
OF THE CONFLICT RULE. COMMENTS  
ON THE ECJ JUDGEMENT OF 16 JULY 2020

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 13.11.2020 / Aceptado: 11.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5986>

**Resumen:** Este trabajo realiza una lectura de los principios que rigen la determinación de la Ley aplicable al divorcio en el Reglamento Roma III: certeza legal, seguridad jurídica, costes conflictuales reducidos, lucha contra el Forum Shopping. Tales principios se estudian a través de la sentencia del TJUE de 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*.

**Palabras clave:** divorcio, ley aplicable, Forum Shopping, seguridad jurídica, Derecho internacional privado, orden público internacional.

**Abstract:** This work makes a reading of the principles that govern the determination of the Law applicable to divorce in the Rome III Regulation: legal certainty, costs associated with international divorces, fight against Forum Shopping. Such principles are studied in the light of the judgment rendered by the ECJ 16 July 2020, C-249/19, *JE vs. KF*.

**Keywords:** divorce, applicable law, Forum Shopping, legal certainty, private international law, public policy.

**Sumario:** I. Introducción. La Ley aplicable al divorcio internacional. El Reglamento Roma III. II. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*. III. Todos contra el Derecho italiano. 1. La dificultad del divorcio según el Derecho italiano. A) El argumento de la dificultad del divorcio y los arts. 10 y 12 RR-III; B) La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los arts. 10 y 12 RR-III; C) El art. 10 RR-III. Sus fundamentos metodológicos y valorativos. 2. La inexistencia de un procedimiento de separación judicial en el

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación LOGOS (Fundación BBVA) “Los principios del Derecho romano en el Derecho europeo del siglo XXI” (Proyecto Roma-Europa: IP Javier Carrascosa). <https://proyectoromaeuropa.com/>), del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia (coordinador: Javier Carrascosa), del Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), de la “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: Javier Carrascosa). <http://www.redespañaeuropa.es/>), así como del Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado ([www.accursio.com](http://www.accursio.com)).

Derecho rumano. A) El argumento de la falta de un procedimiento legal de separación judicial en el Derecho rumano. B) La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. III. Preguntas sin respuesta y respuestas sin preguntas. IV. Las enseñanzas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## I. Introducción. La Ley aplicable al divorcio internacional. El Reglamento Roma III

1. El Reglamento Roma III constituye la normativa jurídica central aplicable en España para fijar la Ley reguladora de la separación judicial y del divorcio. Aunque este reglamento es conocido como el “Reglamento Roma III”, no es ése su nombre oficial<sup>1</sup>. Es, simplemente, el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>2</sup>.

2. El art. 107.2 CC, en su redacción dada por el apartado 28 de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria indica: “*La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado*”<sup>3</sup>. No existen, en la actualidad, normas españolas de Derecho internacional privado que señalen la Ley aplicable al divorcio y separación judicial. Por ello, esta remisión se debe entender realizada, exclusivamente, en favor del Reglamento Roma III citado, esto es, en favor de las normas europeas de Derecho internacional privado, como bien apunta L.F. CARRILLO POZO<sup>4</sup>. Así lo como admite la mejor jurisprudencia española, ejemplo de la cual es la SAP Pontevedra 29 julio 2016 [*haddana* marroquí y divorcio entre cónyuges marroquíes]<sup>5</sup>.

3. El TJUE se había pronunciado dos veces anteriormente sobre la interpretación de este Reglamento, aunque en realidad, se trataba del mismo supuesto de hecho. Así se puede apreciar en el auto TJUE 12 mayo 2016, C-281/15, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch* y en la STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sobre la elaboración de este reglamento, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005; Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 0399 – C6-0305/2006 – 2006/0135 (CNS)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, elaborado por la Ponente EVELYNE GEBHARDT, y Ponente de opinión CARLO CASIN, Documento de sesión A6-0361/2008, de 19 septiembre 2008; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (13 diciembre 2006), Dictamen relativo a la “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial” COM (2006) 399 final, *on line version*.

<sup>2</sup> Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010). Participan en este Reglamento Roma III los siguientes Estados miembros de la UE: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia, así como Lituania (desde el 21 noviembre 2012), Grecia (desde el 27 enero 2014), y Estonia (desde el 10 agosto 2016).

<sup>3</sup> BOE núm. de 158 de 3 julio 2015.

<sup>4</sup> L.F. CARRILLO POZO, “Crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y Derecho extranjero”, *CDT*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 249-275.

<sup>5</sup> SAP Pontevedra 29 julio 2016 [CENDOJ 36038370012016100396].

<sup>6</sup> *Vid.* Auto TJUE 12 mayo 2016, C-281/15, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch* [ECLI:EU:C:2016:343] y sobre el mismo los comentarios, notas, observaciones y glosas de C. NOURISSAT, “Le divorce privé et le droit de l’Union: illustration d’une rencontre avortée”, *Procédures*, 2016, n. 7, p. 22; T. HELMS, “Anwendbarkeit der Rom III-VO auf Privatscheidungen?”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2016 pp. 1134-1135; S.L. GÖSSL, “Anerkennung“ ausländischer Ehescheidungen und der EuGH - Lost in Translation?”, *Das Standesamt*, 2016, pp. 232-236; A. DUTTA, “Für die vom OLG München (StAZ 2015, 373) vorgelegte Frage der Wirksamkeit einer vor einem geistlichen Schiariengericht in Syrien durchgeführten (Privat-)Scheidung ist der EuGH nicht zuständig; der Anwendungsbereich der Rom III-VO ist insofern nicht eröffnet“, *Das Standesamt*, 2016, pp. 236-238; V. MICHEL, “La Cour ne peut que constater l’irrecevabilité manifeste d’une question préjudicielle pourtant intéressante tenant à la reconnaissance d’un divorce prononcé par un tribunal religieux Syrien“, *Europe*, 2016 Juillet Comm. n° 7, pp. 24-25; M. PIKA / M.-PH. WELLER, “Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht“, *IPrax*, 2017, pp. 65-

## II. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*

4. La STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, constituye la tercera prueba de aplicación del Reglamento Roma III en los estrados del TJUE<sup>7</sup>. El caso que ha dado lugar a este pronunciamiento puede describirse de la siguiente forma. Dos nacionales rumanos contrajeron matrimonio en Rumanía en el año 2001. En 2016, uno de los cónyuges presentó una demanda de divorcio ante tribunales rumanos. Éstos se declararon competencia con arreglo al foro de la nacionalidad común rumana de ambos cónyuges, pues así figura en el art. 3, apartado 1, letra b), del Reglamento Bruselas II-bis. En la fecha de presentación de la demanda de divorcio, ambos cónyuges tenían su residencia habitual en Italia. Los tribunales rumanos indicaron que la Ley aplicable a este divorcio era la Ley italiana, puesto que los cónyuges no habían elegido ninguna Ley aplicable a su divorcio y éste, en consecuencia, quedaba sujeto a la Ley del país Estado “a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda...” (art. 8.1.a) RR-III). Nadie discute, en línea de principio, la aplicación del Derecho italiano al fondo del asunto: el divorcio se rige por la Ley italiana.

5. Ahora bien, ya en un plano de segundo escalón, comienzan las discrepancias jurídicas. En efecto, todo deriva de la distinta idea regulativa que tienen los diferentes Estados sobre el divorcio, institución jurídica polémica donde las haya, indica A.-L. CALVO CARAVACA, incluso todavía hoy después de un recorrido histórico jurídico plagado de sugestivos avatares<sup>8</sup>.

Para el legislador italiano, el divorcio representa el fracaso del matrimonio por antonomasia. El divorcio es un mal remedio para un mal asunto, una desgracia que hay que asumir, pero que no deja de ser un infeliz infortunio, un desastre para los cónyuges, para los hijos, para la familia y para la sociedad.

Frente a ello, para el legislador rumano, el divorcio es, por el contrario, un medio para la realización del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad individual. Una salida a una situación personalmente angustiosa, a una familia rota, sin afectos, a una relación personal dañina entre los cónyuges con y que ya no tiene arreglo posible. El divorcio es la libertad, es la posibilidad de comenzar una nueva vida. Es la puerta a un futuro mejor para muchas personas.

Por consiguiente, el legislador italiano trata de dificultar el divorcio. Procura que los cónyuges tardeen un cierto tiempo en divorciarse para que puedan meditar bien su decisión y si fuera posible, evitar ese desastre llamado “divorcio”. En las antípodas legales se encuentra el legislador rumano, que acoge un di-

72; S.L. GÖSSEL, „Überlegung zum deutschen Scheidungskollisionsrecht nach „Sahyouni““, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union - GPR*, 2018, n° 02, pp. 94-99. *Vid.* STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch* [ECLI:EU:C:2017:988] y los comentarios debidos a E. ADOBATI, „Il regolamento (UE) n. 1259/2010 non trova applicazione in caso di „divorzi privati““, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2017, pp. 627-628; M. NADEMLEINSKY, „Privatscheidung unterfällt nicht Rom III-VO“, *Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht*, 2018, p. 93; N. FRICERO / C. NOURISSAT, „Contentieux Familial - Le divorce privé reste en dehors du champ matériel de la coopération judiciaire civile“, *Procédures*, 2018 n° 2, p. 14; A. RIGAUX, „Règlement Rome III - Divorce privé prononcé dans un Etat tiers“, *Europe*, 2018, février n° 2, pp. 71-72; D. COESTER-WALTJEN, „Dagmar: Die verpasste Chance - Der EuGH und die Privatscheidung“, *IPRax*, 2018, n. 03, pp. 238-242; S.L. GÖSSEL, „Überlegung zum deutschen Scheidungskollisionsrecht nach „Sahyouni““, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union - GPR*, 2018, n° 02, pp. 94-99; R. DI MEO, „Il diritto europeo e il divorzio privato islamico“, *Il Foro italiano*, 2018, IV, Col.282-287; E. VIGANOTTI, „Rome III et le divorce sans juge“, *Gazette du Palais*, 2018 n° 7, pp. 27-29; S. ARNOLD / M. SCHNETTER, „Privatentscheidungen und die Renaissance der autonomen Kollisionsrechte Europas“, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2018, pp. 652-666; L. SCHLÜRMAN, „Art. 17 Abs. 2 EGBGB n. F. als überschießende Anwendung der Rom III-VO - das neue Kollisionsrecht für Privatscheidungen nach Sahyouni“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2019, n°3, pp. 1035-1040; A. DUTTA, „Private divorces outside Rome III and Brussels II bis?: the Sahyouni gap. Case C-372/16, Soha Sahyouni v. Raja Mamich, judgment of the Court (First Chamber) of 20 December 2017, EU:C:2017:988“, *Common Market Law Review*, 2019, n° 6, pp. 1661-1672. Sobre ambos pronunciamientos, también, M. ANDRAE, „Antrag auf Scheidung der Ehe bei einem Scharia-Gericht im Libanon und in Deutschland (OLG Hamm, S. 263)“, *IPRax*, 2018-3, pp. 243-248 y J. ANOMO, „Privatscheidungen und der neue Art. 17 Abs. 2 EGBGB: Rom III-VO à la berlinoise“, *Das Ständesamt*, 72, 2, 2019, pp. 33-42.

<sup>7</sup> Esta sentencia ha sido anotada por L. IDOT, “Règlement «Rome III» - Loi applicable au divorce et loi du for”, *Europe 2020*, n° 10 Octubre, Comm. 325 y también, mucho más modestamente, por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Somos rumanos y nos divorciamos en Rumanía pero la ley aplicable a nuestro divorcio es la Ley italiana. ¡Cosas de la vida!”, en <http://accursio.com/blog/?p=1193>, 27 septiembre 2020.

<sup>8</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Exequatur de divorcio extranjero en España, nuevas directrices del Tribunal Supremo”, *RJ La Ley*, 1983, pp. 251-260.

divorcio veloz, sin causa, un divorcio que se produce por la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges. Para este legislador, el divorcio es un fármaco jurídico eficaz, por lo que cuanto antes se administre, más rápida será la curación. No hay que obligar a los cónyuges a meditar durante ningún tiempo antes del divorcio.

6. Con arreglo al Derecho italiano, en efecto, sólo puede presentarse una demanda de divorcio si un órgano jurisdiccional ha constatado o declarado previamente una separación judicial y si han transcurrido al menos tres años entre la fecha de dicha separación y la fecha de presentación de la demanda de divorcio ante el tribunal. Se trata de un divorcio verdaderamente difícil, complejo y lento. Es lo que los italianos conocen como “*il piccolo divorzio*”. Ello es así porque el legislador italiano, de modo ingenuo, piensa que si la ley dificulta el divorcio entre dos cónyuges que quieren divorciarse, éstos se lo van a pensar mejor y el matrimonio podrá salvarse. Hacer difícil el divorcio para salvar el matrimonio, ésa es su divisa. Así siguen siendo las cosas en el Derecho italiano pese a que, en la actualidad, el plazo de tres años se ha reducido a uno. No es el único legislador que adopta esa visión. También era de esa opinión el legislador español que redactó la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, hasta que entró en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio<sup>9</sup>. Y también sigue esta línea de política legislativa, por ejemplo, el legislador suizo. En efecto, el art. 114 del Código civil helvético establece que el divorcio instado por un cónyuge sólo procede si han transcurrido al menos dos años desde que ya no viven juntos los cónyuges<sup>10</sup>. Para estos legisladores, en suma, el divorcio es un mal apañado, una medicina dañosa, por lo que establecer por Ley un tiempo para que los cónyuges reflexionen sobre el mismo puede ser útil, precisamente, para evitarlo.

### III. Todos contra el Derecho italiano

#### 1. La dificultad del divorcio según el Derecho italiano

##### A) El argumento de la dificultad del divorcio y los arts. 10 y 12 RR-III

7. En el caso examinado, uno de los cónyuges consideraba que, visto que el Derecho italiano no les permitía divorciarse de modo inmediato y rápido, debía aplicarse el art. 10 RR-III. Este precepto afirma lo siguiente: “*Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro*”. Es decir, este cónyuge solicitaba que no se aplicase el Derecho italiano (= esto es: divorcio difícil y lento) y que, en su lugar, se diera aplicación al Derecho rumano (= esto es: divorcio sencillo e inmediato). Este cónyuge, pues, da un paso atrás y razona de este modo: visto que el contenido del Derecho italiano no me resulta conveniente, porque me hace esperar varios años antes de obtener el ansiado divorcio, habría que intentar cuestionar la norma de conflicto y evitar que el Derecho italiano rija este

<sup>9</sup> Vid. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163 de 9 julio 2005). Las palabras de la Exposición de Motivos de esta Ley al respecto son elocuentes: “... esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial (...) se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el Artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge (...) el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación (...) se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición (...)”.

<sup>10</sup> Art. 1141B. *Scheidung auf Klage eines Ehegatten / I. Nach Getrenntleben. B. Scheidung auf Klage eines Ehegatten. I. Nach Getrenntleben. Ein Ehegatte kann die Scheidung verlangen, wenn die Ehegatten bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage oder bei Wechsel zur Scheidung auf Klage mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben*”.

divorcio. Es decir: como no me agrada el segundo escalón (= el contenido del Derecho italiano), vuelvo al primer escalón de la norma de conflicto y trato de evitar la aplicación del Derecho italiano.

8. Por si no fuera suficiente, -y es que toda arma es escasa cuando se trata de un litigio de divorcio-, el cónyuge en cuestión indica que, además del art. 10 RR-III, también debería descartarse la aplicación del Derecho italiano porque la aplicación de éste resulta ser manifiestamente incompatible con el orden público del foro (= orden público internacional rumano). También por esa razón, insiste, debería excluirse su aplicación de conformidad con el art. 12 RR-III.

9. En ambos casos, los argumentos esgrimidos cuestionan la Justicia del Derecho sustantivo italiano. El cónyuge considera que la Ley italiana es restrictiva en lo que atañe a los requisitos exigidos para el divorcio. Que no es una Ley justa ni tampoco buena. Por eso, procede, señala, descartar su aplicación y aplicar la Ley rumana al divorcio bien a través del art. 10 ó bien a través del art. 12 RR-III.

## **B) La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los arts. 10 y 12 RR-III.**

10. Frente a este ataque en toda regla contra la aplicación del Derecho italiano, el TJUE acude al rescate del entero sistema conflictual del Reglamento Roma III y demuestra, con maestría y lucidez, que no son aplicables a este caso ni el art. 10 RR-III (= precepto previsto para los casos en los que la Ley extranjera no contempla el divorcio) ni el art. 12 RR-III (= excepción de orden público del foro).

11. En primer lugar, apunta el TJUE que el art. 10 RR-III constituye una excepción a los arts. 5 y 8 RR-III, y, como tal, debe ser objeto de una interpretación estricta o restrictiva. Sólo debe activarse este art. 10 RR-III cuando la Ley aplicable “*no contemple el divorcio*”. Y no es el caso.

En efecto, la Ley de 1 diciembre 1970, n. 898, conocida como “Ley Fortuna-Baslini”, había introducido el divorcio en el Derecho italiano. Los días 12 y 13 de mayo de 1974 se convocó un referéndum para que los ciudadanos italianos se pronunciaran sobre la Ley de modo que los que estuvieran a favor de su derogación votasen “sí” y los que estuvieran a favor de mantener la ley votaran “no”. En este “referéndum abrogativo” venció el “no”: la ley se mantuvo y el divorcio también. En suma: en Derecho italiano existe el divorcio.

En consecuencia, no se debe acudir al art. 10 RR-III cada vez que la Ley aplicable al divorcio contemple el divorcio aunque se trate de un divorcio complejo o lento desde el punto de vista del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Es decir, si el divorcio según la *Lex Causae* (= Ley italiana) es más difícil de conseguir que con arreglo a la *Lex Fori* (= Ley rumana), ello no activa el art. 10 RR-III, que no se refiere a este caso. Tampoco el Cons. 24 RR-III incluye dicho caso en la órbita aplicativa del art. 10 RR-III<sup>11</sup>. En suma, el art. 10 RR-III se aplica solamente a casos en los que la Ley reguladora del divorcio “*carece de la figura del divorcio*”, en sintonía con el art. 13 RR-III, esto es, cuando dicha Ley no contempla el divorcio en forma alguna, como explican U.P. GRUBER y M. GUZMÁN ZAPATER<sup>12</sup>. No es el caso. En conclusión, el art. 10 RR-III es completamente inaplicable a este supuesto.

<sup>11</sup> Cons. (24) Reglamento Roma III: “*En algunas situaciones es oportuno, no obstante, que se aplique la ley del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda, por ejemplo cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. Estos supuestos deben entenderse, no obstante, sin perjuicio de la cláusula relativa al orden público*”.

<sup>12</sup> Vid. U.P. GRUBER, “*Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung*”, *IPRax*, 2012-V, pp. 381-391; M. GUZMÁN ZAPATER, “*Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III*” en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (Eds), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum* José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, 2012, pp. 521-539. El art. 13 RR-III fue diseñado para abordar la llamada «cuestión maltesa», pues en la fecha de elaboración del precepto, Malta no admitía el divorcio en su Derecho civil. De este modo, el reglamento quiso dejar claro que los tribunales malteses no estaban obligados a dictar una sentencia de divorcio incluso cuando las normas de conflicto del Reglamento ordenase la aplicación de la Ley de un Estado que sí contemplaba el divorcio. Del mismo modo, el precepto también señala que los tribunales de los Estados miembros participantes en el reglamento no estaban obligados a dictar una sentencia de divorcio cuando se trataba de divorciar a cónyuges del mismo sexo si en su Derecho nacional este matrimonio no estaba admitido.

**12.** La interpretación restrictiva del art. 10 RR-III sostenida por el TJUE en esta STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, es más que correcta. Refuerza la seguridad jurídica y la previsibilidad de soluciones que persigue el Reglamento Roma III. En efecto, salvo casos muy excepcionales y justificadas, previstos por el propio reglamento, la Ley aplicable al divorcio es la señalada por los arts. 5 a 8 RR-III y eso no debe cambiar sea cual sea el tribunal que conozca del asunto, siempre que se trate del tribunal de un Estado miembro. Se impide, así, que un cónyuge acuda ante tribunales de un Estado miembro cuya Ley material establezca condiciones menos restrictivas para el divorcio y solicite la aplicación de dicha Ley mediante una invocación del art. 10 RR-III (= la llamada “cláusula italiana”) y/o del art. 12 RR-III (= orden público internacional del foro).

**13.** En segundo lugar, tampoco es aplicable el art. 12 RR-III que recoge la excepción de orden público internacional. El TJUE no se molesta en modo alguno en rebatir el argumento. Guarda un elocuente silencio al respecto. En realidad, no hay caso. Ningún principio esencial del Derecho rumano se ve perjudicado por la aplicación en Rumanía del Derecho italiano, aunque tal Derecho recoja un divorcio “con período de reflexión”.

**14.** En realidad, explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la clásica excepción de orden público internacional debe operar, en el sector del divorcio, en un sentido de protección y no de dirección<sup>13</sup>. Como ha escrito P. FRANZINA, el art. 12 RR-III da cobijo a un “orden público de protección”, orientado a garantizar los derechos individuales de toda persona. no se trata de imponer uno u otro modelo de familia, ni de matrimonio ni de divorcio, sino de que éste se lleve a término con total respeto a los derechos fundamentales de toda persona<sup>14</sup>.

**15.** El art. 12 RR-III exige un muy claro “plus de motivación” para descartar la aplicación del Derecho extranjero regulador del divorcio. De ese modo, no basta que la Ley extranjera contenga una regulación “diferente” a la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto en materia de divorcio. Hace notar la profesora P. HAMMJE que la exigencia de que la aplicación del Derecho extranjero resulte “manifiestamente” incompatible con el orden público del foro refuerza la idea de que no basta una mera diferencia en la regulación del divorcio entre tal Derecho y la Ley del foro, para activar este precepto e impedir la aplicación del Derecho extranjero<sup>15</sup>. Puede, por tanto, afirmarse que las normas jurídicas que regulan las causas de divorcio propias del Derecho sustantivo del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto no constituyen normas materiales imperativas. No se aplican siempre a todo caso de divorcio, sino que, más bien al contrario, son aplicables al divorcio las causas del mismo recogidas en la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma III, en este caso, en el Derecho italiano. El hecho de que la causa de divorcio contemplada por el Derecho extranjero regulador del divorcio, no sea una causa de divorcio prevista en la *Lex Fori* o viceversa, es irrelevante.

**16.** El orden público internacional es, -paradojas del Derecho internacional privado-, un concepto “interno” o “nacional”, esto es, un concepto cuyo contenido es propio de cada Estado miembro. Cada Estado miembro participante en el Reglamento Roma III dispone de “su orden público internacional” en relación con el divorcio. Algunos ejemplos bastarán. Así, puede subrayarse que deberá intervenir el orden público en casos extremos como el que se plantea cuando, aunque sea legalmente posible el divorcio con arreglo a las normas extranjeras aplicables, resulta, en la práctica, imposible o extraordinariamente

<sup>13</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, vol. II, 2020, pp. 1741-1756.

<sup>14</sup> P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, “L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, *RDI*, 2011-2, pp. 488-496.

<sup>15</sup> P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *RCDIP*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *RCDIP*, 2018, pp. 899-912.

difícil. Es el caso del Derecho de Guinea Ecuatorial, que exige “*imprescindiblemente el consentimiento de ambos esposos para la declaración judicial del divorcio del matrimonio*” (SAP Barcelona 27 febrero 2014 [divorcio entre cónyuges guineanos])<sup>16</sup>. También podría recurrirse al orden público internacional cuando la regulación del divorcio resulte discriminatoria para una de las partes por una razón diferente al sexo. En efecto, como expone M.D. CERVILLA GARZÓN, si la Ley aplicable discrimina a un cónyuge por razón de religión, creencia, ideología, etnia, origen social, pertenencia a una organización social concreta, etc., y su aplicación resulta discriminatoria, también *de facto*, para uno de los cónyuges, el orden público internacional intervendrá<sup>17</sup>. Apunta P. FRANZINA que, por el contrario, cuando la Ley aplicable resulta discriminatoria por razón de sexo en el acceso al divorcio, es aplicable el art. 10 *in fine* RR-III y no el art. 12 RR-III<sup>18</sup>.

### C) El art. 10 RR-III. Sus fundamentos metodológicos y valorativos

#### a) Ley aplicable y *favor divortii* en el art. 10 RR-III

17. Conviene llamar la atención, brevemente, sobre los fundamentos teóricos del art. 10 RR-III. El precepto recoge la conocida como “cláusula italiana”, pues fue tomada por el legislador europeo del art. 31.2 de la *legge* 218/1995 italiana, precepto que se ocupa de señalar la ley aplicable al divorcio en casos internacionales<sup>19</sup>.

El objetivo de esta cláusula es potenciar el *jus connubii* del cónyuge (= su derecho a contraer nuevas nupcias, que se vería dañado si no puede disolver el matrimonio anterior), así como la protección de libre desarrollo de la personalidad, esto es, el fomento del individualismo jurídico.

Esta previsión legal favorece la consecución del divorcio (*favor divortii*), ya que se procede a aplicar la *Lex Fori*, y la Ley sustantiva de todos los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III admite el divorcio, como ha indicado P. HAMMJE<sup>20</sup>.

Como se ha indicado antes, el art. 10 *in primis* RR-III sólo es aplicable cuando el divorcio no existe en dicho sistema jurídico. Esta afirmación puede sostenerse en una proyección analógica del Cons. [26] RR-III, que indica que “[l]as referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se ha recurrido no contempla el divorcio deben interpretarse en el sentido de que la ley de tal Estado miembro carece de la figura del divorcio...”. Es decir, esta cláusula operará cuando la Ley extranjera carece de una institución jurídica que permita la disolución legal del matrimonio *inter vivos*, como el divorcio, tal y como precisa la muy sugestiva sentencia de la Corte di Cassazione italiana de 1 diciembre 2016 [divorcio entre cónyuges albaneses]<sup>21</sup>.

18. En la actualidad, sólo dos países desconocen en su Derecho sustantivo la figura legal del divorcio como causa de disolución *inter vivos* del matrimonio: Ciudad del Vaticano y Filipinas. Con arreglo al Derecho filipino, a grandes rasgos, puede afirmarse que sólo se contempla el divorcio para los sujetos

<sup>16</sup> SAP Barcelona 27 febrero 2014 [ECLI ES:APB:2014:1184].

<sup>17</sup> M.D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *CDT*, 2018, pp. 144-163.

<sup>18</sup> P. FRANZINA, “L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, *RDI*, 2011-2, pp. 488-496.

<sup>19</sup> Como explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, vol. II, 2020, pp. 1741-1756.

<sup>20</sup> P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *RCDIP*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *RCDIP*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *RCDIP*, 2017-2, pp. 143-156.

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte di Cassazione italiana de 1 diciembre 2016 [divorcio entre cónyuges albaneses], en *RDIPP*, 2017-4, pp. 1026-1028.

de religión musulmana, pero no para el resto de la población. Así la SAP Barcelona 17 abril 2013 [divorcio entre cónyuges filipinos] se enfrentó aun supuesto de divorcio entre cónyuges filipinos y constató que el Derecho filipino no recogía la posibilidad de divorcio<sup>22</sup>. Por ello el tribunal activó la “cláusula italiana” contemplada en el entonces aplicable art. 107.2 CC y aplicó el Derecho español para divorciar a la pareja. No obstante, según el Derecho de Filipinas, el sujeto filipino casado con extranjero puede divorciarse en el extranjero. La sentencia extranjera será reconocida en Filipinas y el sujeto recuperará, así, su capacidad nupcial en Filipinas. Malta ha sido el Estado antidivorcista que más recientemente ha abrazado el divorcio en su legislación sustantiva (Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés).

19. Tras la admisión del divorcio por la legislación maltesa en 2011, el divorcio se ha hecho “europeo”, pues lo admiten todos los Estados miembros de la UE. El art. 10 RR-III persigue, por tanto, en la actualidad, un “objetivo europeo”: preservar el derecho al divorcio de todos los ciudadanos que solicitan el divorcio ante tribunales de los Estados miembros participantes, apunta P. FRANZINA<sup>23</sup>. Gracias a dicha disposición, nunca será aplicable por tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III la Ley de un Estado que no regula ni admite el divorcio como institución jurídica.

20. Es preciso probar que el Derecho extranjero no contempla el divorcio en su legislación. Afirmaciones vagas y generales al respecto no son suficientes, como se aprecia en la SAP Cáceres 23 mayo 2012 [cónyuges marroquíes]<sup>24</sup>. Para acreditar el contenido del Derecho extranjero son aplicables las normas nacionales de cada Estado miembro relativas a la prueba del Derecho extranjero (art. 281.2 LEC y art. 33 LCJIMC en el caso español).

#### **b) Ley que contempla el divorcio pero no la separación judicial y viceversa.**

21. Debe subrayarse que si la Ley extranjera permite la separación judicial pero no el divorcio, el art. 10 *in primis* RR-III es aplicable y la *Lex Fori* regulará el caso, siempre que se ejercite una acción de divorcio. En efecto, si se ejercita una acción de separación judicial, ésta se concederá en los términos previstos en la Ley aplicable determinada con arreglo a los arts. 5-8 RR-III.

22. No opera el art. 10 *in primis* RR-III si la Ley extranjera que rige el divorcio carece de la figura legal de la “separación judicial”, pero sí recoge la posibilidad del divorcio vincular o similar. Así se pronuncia, antes del Reglamento Roma III, la SAP Barcelona 12 noviembre 2013 [divorcio entre marroquíes] y también la SAP Málaga 30 enero 2006<sup>25</sup>. Con patente error se muestra la SAP Asturias 29 septiembre 2006 [cónyuges rumanos: en Rumanía no existe la separación y el tribunal procedió a la separación de los cónyuges según la Ley material española], así como la SAP Barcelona 3 junio 2008 [divorcio entre cónyuge alemanes]<sup>26</sup>. Muy correcta, por el contrario, se presenta la sentencia del tribunale di Firenze, Italia, de 15 abril 2009 [divorcio entre sujetos del State de Georgia, US])<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> SAP Barcelona 17 abril 2013 [ECLI:ES:APB:2013:3131]: : “... siendo una cuestión de orden público, la sala debe revisar la aplicación que el juzgado de primera instancia ha hecho de la legislación española (aunque no cita precepto alguno), sin fundamentarla, pues tanto la demandante como el demandado tiene la nacionalidad filipina y el artículo 107.2 del Código Civil estatal (CC), como norma de conflicto, debe ser aplicado de oficio. Debe confirmarse la aplicación del derecho español, pese a que debería regir el derecho filipino por nacionalidad común, porque el ordenamiento de Filipinas no reconoce el divorcio, que es la excepción prevista en el artículo 107.2.c CC. Según los artículos 81.2 y 86 CC, habiendo transcurrido más de tres meses desde la fecha del matrimonio (21 de mayo de 2009), procede confirmar la declaración de divorcio...”. El tribunal emplea de modo impropio la forma verbal “reconoce” (el divorcio) cuando en realidad quiere decir “admite” o “regula” o “contempla”.

<sup>23</sup> P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT*, 2011-II, pp. 85-129.

<sup>24</sup> SAP Cáceres 23 mayo 2012 [CENDOJ 10037370012012100239].

<sup>25</sup> SAP Barcelona 12 noviembre 2013 [CENDOJ 08019370122013100750]; SAP Málaga 30 enero 2006 [CENDOJ 29067370052006100075].

<sup>26</sup> SAP Asturias 29 septiembre 2006 [CENDOJ 33044370042006100344]; SAP Barcelona 3 junio 2008 [CENDOJ 08019370182008100347].

<sup>27</sup> Sent. Trib. Firenze (Italia) 18 mayo 2009 [*RDIPP*, 2011, p. 145].

En estos casos, si se interpone demanda de separación judicial, ésta debe ser desestimada y se indicará a los cónyuges que ejerciten acción de divorcio, como indica la SAP SC Tenerife 28 junio 2004<sup>28</sup>.

**23.** La solución que el art. 10 RR-III *in primis* ofrece a este supuesto, -esto es, a la demanda de separación judicial presentada cuando la Ley aplicable sólo prevé el divorcio y no dicha separación-, es diferente a la recogida en el art. 31.2 de la *legge* 218/1995 italiana. En efecto, con arreglo a esta última disposición, “[l]a separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana” y de igual manera se pronunciaba el art. 107.2.II.c) CC español. En consecuencia, cuando la Ley extranjera no recoge la figura de la “separación legal”, el DIPr. italiano ordena aplicar al juez italiano la Ley sustantiva italiana. Así se parecía en la sentencia del tribunale di Belluno de 30 diciembre 2011 [separación de dos marroquíes con residencia habitual en Italia]<sup>29</sup>.

Por el contrario, con arreglo al art. 10 RR-III, un juez de un Estado miembro participante en el Reglamento que deba aplicar una Ley de un Estado que no contempla la separación legal, como por ejemplo la Ley marroquí, no puede aplicar su *Lex Materialis Fori*. Deberá desestimar la demanda e indicar a los cónyuges que ejerciten la correspondiente acción de divorcio con arreglo a la *Lex Causae*.

### c) Diferencias entre el art. 10 RR-III y el art. 12 RR-III.

**24.** Muy importante es señalar que el mecanismo legal regulado en el art. 10 RR-III no debe ser confundido con el orden público internacional recogido en el art. 12 RR-III, a pesar de ciertas lamentables afirmaciones de algunos analistas del reglamento, que no distinguen entre ambos mecanismos legales.

El art. 10 RR-III recoge una causa de no aplicación de plano de la Ley reguladora del divorcio. Así se desprende, expresamente, del Cons. (24) *in fine* RR-III. En realidad, el art. 10 RR-III *in primis* no regula ningún supuesto de orden público internacional “concretizado”, sino que opera como una cláusula de “*disqualification de la loi normalement compétente*”, expone B. BOURDELOIS<sup>30</sup>. A través de esta “primera cláusula de rechazo de plano” de la Ley extranjera, basta comprobar el tenor literal de las normas jurídicas del Derecho extranjero, para descartar la aplicación del mismo en un Estado miembro. Como ha indicado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, no es preciso acreditar que, en el caso concreto, la Ley extranjera produce un perjuicio para la estructura jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto que es lo que procede llevar a cabo cuando interviene el orden público internacional contemplado en el art. 12 RR-III<sup>31</sup>. Las diferencias de método entre el orden público internacional y la cláusula de rechazo de la Ley extranjera que no contempla el divorcio son abismales.

## 2. La inexistencia de un procedimiento de separación judicial en el Derecho rumano.

### A) El argumento de la falta de un procedimiento legal de separación judicial en el Derecho rumano

**25.** En el supuesto de hecho de la STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, no es sólo uno de los cónyuges el que quiere evitar la aplicación del Derecho italiano. También el tribunal rumano competente para pronunciarse sobre el divorcio se opone a la aplicación del Derecho italiano. Su argumento, eso sí, es ahora completamente distinto. *Sotto voce*, dicho tribunal hace notar que no le es de su agrado

<sup>28</sup> SAP SC Tenerife 28 junio 2004 [CENDOJ 38038370042004100255].

<sup>29</sup> Sentencia del tribunale di Belluno (Italia) de 30 diciembre 2011 [RDIPP, 2012, p. 452].

<sup>30</sup> B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 934-943.

<sup>31</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Esclusione dell’applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2017, núm. 2, pp. 267-288.

el Derecho italiano porque dificulta el divorcio al hacerlo lento y complejo. Y entonces, a diferencia del cónyuge demandante, -que, como se ha visto, sigue una estrategia dirigida a alterar el normal funcionamiento de la norma de conflicto-, señala el tribunal rumano que no puede pronunciar el divorcio porque el Derecho italiano, -aplicable al fondo del asunto-, exige, para pronunciar el divorcio que: (i) de manera previa un tribunal haya “*constatado o declarado previamente una separación judicial*”; y (ii) que hayan transcurrido al menos tres años entre la fecha de dicha separación y la fecha de presentación de la demanda de divorcio ante el tribunal.

26. Pues bien, como resulta que no se ha dictado ninguna sentencia de separación y que, además, “*el Derecho rumano no contempla ningún procedimiento de separación judicial*”, los tribunales rumanos no pueden pronunciar el divorcio, sostiene el tribunal rumano. Toda demanda dirigida a obtener la separación judicial ante los tribunales rumanos debe declararse inadmisibles y sin separación judicial no hay divorcio, porque el Derecho italiano exige, para dictar el divorcio, que previamente se obtenga la separación judicial. Es decir, la ecuación, muy sencilla, que enuncia el tribunal rumano, es ésta: la falta de procedimiento de separación judicial en Derecho rumano impide obtener la sentencia de separación judicial ante jueces rumanos y como el Derecho italiano existe que se haya dictado dicha sentencia de separación judicial, -y que, además, hayan transcurrido después al menos tres años-, entonces el tribunal rumano no puede declarar el divorcio. La tormenta perfecta para no aplicar el Derecho italiano al divorcio entre los dos cónyuges rumanos.

27. Para poner la guinda al pastel y que sepa mejor, esto es, para no dejar a los cónyuges sin una posibilidad de divorciarse, el tribunal rumano experimenta un fuerte ataque de creatividad e indica a los cónyuges que acudan a los tribunales italianos para obtener la sentencia de separación judicial.

## **B) La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la falta de un procedimiento de separación judicial en las leyes procesales rumanas**

28. Señala el TJUE que, aunque el Derecho rumano no contempla la separación judicial en sus leyes sustantivas y procesales, los cónyuges pueden obtener un pronunciamiento de “separación judicial” ante tribunales rumanos, visto que, con arreglo al Derecho italiano, necesitan dicha sentencia de separación judicial como paso previo al divorcio. Debe recordarse que los tribunales rumanos son internacionalmente competentes para pronunciarse sobre dicha separación judicial *ex art. 3.1.b) RB II-bis* (= nacionalidad común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda).

29. En efecto, el TJUE subraya que la inexistencia de un procedimiento de separación judicial en las leyes procesales rumanas es un hecho que no puede impedir la aplicación de las normas de conflicto europeas ni tampoco la aplicación del Derecho italiano que sí contempla la separación judicial. Dice la STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, FD 42: “..... *aunque, contrariamente al Derecho italiano, el Derecho rumano no contemple disposiciones procesales relativas a la separación judicial, los tribunales rumanos competentes están obligados a pronunciarse sobre dicha demanda*”.

30. Lo anterior significa (i) que los cónyuges deben obtener una sentencia de separación judicial, -pues así lo exige el Derecho italiano, que regula el fondo del divorcio-; (ii) que los tribunales rumanos son competentes al efecto *ex art. 3.1.b) RB II-bis*; (iii) que existe acción para alcanzar la separación judicial, -pues el Derecho italiano, aplicable al fondo de la separación judicial (art. 8.1 RR-III) regula y admite la separación judicial-, y (iv) que los tribunales rumanos están obligados por el art. 8.1 RR-III y por el Derecho italiano designado por dicho precepto, a pronunciarse sobre la separación judicial.

31. El hecho de que el Derecho rumano (= *Lex Fori Processus*) carezca de “*normas de procedimiento en materia de separación judicial*”, es totalmente irrelevante. Los cónyuges disponen de acción

para solicitar el divorcio y también la separación judicial, pues la acción depende de la *Lex Causae*, -Derecho italiano-, no de la normativa procesal del Estado cuyos tribunales conocen del asunto -Derecho rumano-. Confundir la falta de procedimiento con la falta de acción, como ha sido escrito por algún comentarista, constituye un error infantil, lamentable consecuencia de la falta de estudio. Hay acción, naturalmente que sí. Pero no hay procedimiento, no existe un cauce procedimental diseñado por el legislador rumano. En realidad, este fenómeno es frecuente en caso de Derecho internacional privado. Así por ejemplo, puede existir acción para solicitar, ante tribunales españoles, la extinción de una *kafala* musulmana regida por el Derecho marroquí. Hay acción para reclamar los daños producidos por una ex-tralimitación del *trustee* en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo porque ha confundido los bienes en *trust* con los suyos propios o los ha enajenado a un tercero. En ambos casos, el Derecho procesal español carece de un procedimiento para canalizar estas dos acciones. Pero, sin duda ninguna, existe acción.

**32.** Pues bien, el TJUE afirma que el Derecho procesal está al servicio del Derecho conflictual. Las cuestiones procesales, las cuestiones procedimentales, no pueden impedir que se aplique una norma europea de conflicto de leyes. No pueden perjudicar el efecto útil de tal norma de conflicto europea. Las normas procesales son ancillares a las normas de conflicto. Están a su servicio. Por tanto, aunque el Derecho rumano carece de normas de procedimiento para la separación judicial, el tribunal rumano está obligado a pronunciarse sobre dicha separación judicial. Le obliga a ello la norma de conflicto europea (art. 8.1 RR-III) y el Derecho italiano designado por la misma. Y si el tribunal rumano no dispone de un procedimiento de separación judicial en las normas procesales rumanas, entonces sí es el momento de emplear su creatividad judicial y de comprobar que la separación judicial de los cónyuges es, con arreglo al Derecho italiano, posible. Debe hacerlo constar así en el marco del procedimiento de divorcio del que conoce, por ejemplo, a través de un incidente procesal o cauce similar regulado en su Derecho procesal. Con otras palabras: el tribunal rumano, competente para pronunciarse sobre el divorcio, debe acreditar que la separación judicial de los cónyuges es posible y ello aunque el Derecho rumano no disponga de normas de procedimiento relativas a la separación judicial. El juez rumano comprobará que se verifican los requisitos legales de la separación judicial con arreglo al Derecho italiano y lo hará dentro del procedimiento de divorcio, en el seno de la tramitación de dicho procedimiento y como paso previo para pronunciar el divorcio. Las cuestiones de procedimiento no pueden ni deben interponerse en la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Roma III.

### III. Preguntas sin respuesta y respuestas sin preguntas

**33.** Esta STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF* deja sin responder algunas preguntas que surgen en la mente del jurista de Derecho internacional privado. No sucede eso por desidia del tribunal, sólo faltaría. Sucede porque nadie formuló tales preguntas al tribunal. Sin embargo, en esta sentencia, el TJUE marca con puño de hierro y guante de seda el camino a seguir: son respuestas sin preguntas.

**34.** En primer lugar, cabe interrogarse sobre la posibilidad de acudir ante tribunales de un Estado miembro -por ejemplo, Alemania, en cuyo Derecho no existe la separación judicial-, e instar, precisamente, dicha separación judicial porque así está contemplado por la Ley que rige dicha separación. Puede ser el caso, supóngase, de dos cónyuges españoles que residen habitualmente en Berlín y Madrid y que presentan su demanda de separación judicial ante tribunales de Berlín. La Ley que rige tal separación es la Ley española (art. 8.c) RR-III).

Pues bien, si dos cónyuges solicitan una separación judicial ante los tribunales de un Estado cuyo Derecho material no regula la separación judicial, el resultado es claro. El tribunal competente debe aplicar la norma de conflicto contenida en el Reglamento roma III, la Ley estatal correspondiente, y debe pronunciarse sobre la separación judicial. Es irrelevante que el Derecho Civil del Estado miembro del que depende el tribunal competente no contemple la separación judicial. Y es irrelevante, también, que el Derecho Procesal de dicho Estado miembro no disponga de un cauce procedimental al respecto.

En todo caso, el tribunal competente tiene que aplicar la Ley designada por el reglamento y debe pronunciarse sobre la demanda de separación judicial. Sólo de ese modo se garantiza que el resultado es el mismo con independencia del tribunal al que se acuda dentro los Estados miembros de la UE que participan en este reglamento. Si carece de un procedimiento para canalizar la separación judicial deberá activar, por analogía, el procedimiento más similar del que disponga en su normativa procesal o bien activar otros mecanismos procedimentales para aplicar el Derecho extranjero que regula el fondo del asunto y para decidir si procede acordar la separación judicial.

35. En segundo lugar, cabe preguntarse qué sucede si dos cónyuges solicitan una separación judicial ante los tribunales de un Estado miembro y la Ley reguladora de la separación judicial no contempla dicha institución, sino sólo el divorcio. Póngase el caso siguiente: dos alemanes solicitan la separación judicial ante un tribunal español. El marido reside habitualmente en Viena y la esposa reside habitualmente en Madrid. Pues bien, el tribunal competente debe aplicar la norma de conflicto contenida en el Reglamento Roma III así como la Ley estatal correspondiente y debe pronunciarse sobre la separación judicial. La Ley aplicable, al caso hipotético propuesto, es la Ley alemana (art. 8.c) RR-III: Ley nacional común al tiempo de la demanda). Como es lógico, el juez español deberá desestimar la demanda de separación judicial por la sencilla razón de que ésta no se contempla en la *Lex Causae*, que es la Ley alemana. Fallará, de ese modo, igual que lo haría un juez alemán. Podrá invitar, en su caso, a los cónyuges a presentar una demanda de divorcio con arreglo a la *Lex Causae*, la Ley alemana. Es totalmente indiferente, a estos efectos, que el Derecho del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto sí que regule y contemple la separación judicial. La *Lex Causae* manda.

#### IV. Las enseñanzas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

36. Las enseñanzas del TJUE son claras y representan una fascinante profesión de fe en el Derecho internacional privado europeo. Éste constituye una piedra angular de la construcción jurídica europea y así lo indica el TJUE.

37. En primer lugar, el TJUE deja claro que la seguridad jurídica y la estabilidad de la Ley aplicable al divorcio, son objetivos fundamentales del Reglamento Roma III. La interpretación de este Reglamento y de sus normas debe apuntar a ese objetivo, como sucede en todos los Reglamentos Roma” (= reglamentos que determinan la Ley aplicable a una situación privada internacional). Es un objetivo que debe ser respetado. Una interpretación del reglamento que pudiera traicionar este objetivo debe rechazarse. En suma, resulta primordial que la Ley aplicable al divorcio sea la misma en todos los Estados miembros que participan en el Reglamento Roma III. Es para eso para lo que fueron creados los Reglamentos Roma, para evitar el *Forum Shopping* mediante normas de conflicto uniformes únicas para toda la UE. Pues bien, para lograr dicha finalidad, las excepciones a la aplicación de las normas de conflicto recogidas en el Reglamento Roma III deben interpretarse siempre de manera restrictiva. De esa forma, la Ley aplicable al divorcio será siempre la señalada por las normas de conflicto del Reglamento Roma III. Sólo en casos muy puntuales, totalmente extraordinarios, deben activarse las excepciones a la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Roma III<sup>32</sup>.

La existencia de foros alternativos para pronunciar el divorcio, tal y como establece el art. 3 RB II-bis, está en el origen de las controversias suscitadas en este caso y en tantos otros. Los cónyuges pueden acudir a distintos tribunales de los Estados miembros de la UE para solicitar el divorcio (art. 3 RB II-bis). Por ejemplo, pueden presentar la demanda ante los tribunales de la residencia habitual común o ante los tribunales del Estado miembro cuya nacionalidad ostentan ambos. Y están en su derecho de acudir a unos u otros tribunales aunque ello genere, que la genera, una veloz carrera a los tribunales, y aunque ello provoque, que las provoca, conductas estratégicas y oportunistas de los cónyuges y final-

<sup>32</sup> STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, FD 32-33.

mente, aunque ello incremente la litigiosidad, como apunta A. BONOMI<sup>33</sup>. Ahora bien, la diversidad de tribunales alternativamente competentes no debe comportar un “cambio en la Ley aplicable” que dependa de cuál sea el tribunal competente. En un espacio europeo de justicia, todos los tribunales aplican la misma Ley estatal a los casos derivados de situaciones privadas internacionales. Así, en los supuestos transfronterizos de divorcio, y a falta de acuerdo entre los cónyuges, el divorcio se rige por la Ley de la residencia habitual común de los mismos en el momento de presentación de la demanda (art. 8.1 RR-III). La Ley aplicable al divorcio no debe cambiar por el hecho de accionar ante unos u otros tribunales. De ese modo, se evita el *Forum Shopping* y la carrera a los tribunales. Se impide la especulación sobre la Ley aplicable al divorcio, esto es, las conductas estratégicas de los cónyuges para alterar la Ley aplicable al divorcio. Los cónyuges pueden cambiar de tribunal competente y acudir al tribunal que más cómo les resulte, pero la Ley aplicable no cambiará.

**38.** En segundo lugar, el TJUE deja claro que la norma de conflicto es una norma elegante. Su esquema racional es, en realidad, muy sencillo. El divorcio se debe regir por la Ley del Estado cuya aplicación es más previsible para los cónyuges implicados. Es ésta la Ley que les comportará costes menores a ambos litigantes en la solución del litigio. Si los cónyuges han elegido la ley aplicable a su divorcio, dicha ley se aplicará, pues la autonomía de la voluntad conflictual es la conexión primera y principal acogida por el Reglamento Roma III, señala la doctrina<sup>34</sup>. En tal caso, como observa H. RÖSLER, el contenido de dicha Ley es irrelevante en este momento del razonamiento conflictual<sup>35</sup>. Si los cónyuges no la han elegido, entonces el divorcio se rige por la ley del país donde ambos tenían su residencia habitual en el momento de presentación de la demanda de divorcio. La norma de conflicto protege, como hace notar J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, los intereses privados, los intereses de los concretos cónyuges que están implicados en un proceso de divorcio específico<sup>36</sup>. Una vez detectada y precisada la Ley aplicable a un concreto supuesto de divorcio, los tribunales del Estado miembro que conocen del asunto deben aplicar dicha Ley. No se deben admitir, bajo ningún concepto, excusas no justificadas, y mucho menos excusas basadas en el Derecho nacional y todavía menos, fundadas en aspectos de procedimiento. De este modo, si la Ley aplicable al divorcio exige una previa declaración de separación judicial, el tribunal que conoce del divorcio debe acreditar que tal separación judicial se ha producido. Con ello respeta el tenor del Derecho aplicable al fondo del divorcio. Así, aunque el Derecho de un Estado miembro (Rumanía) no disponga en sus normas procesales de un concreto procedimiento de separación judicial, los tribunales de dicho Estado deben entrar en el fondo y decidir si se cumplen los requisitos que el Derecho italiano exige para afirmar que existe una separación judicial. Si la respuesta es afirmativa, entonces podrán pronunciar una sentencia de divorcio.

**39.** En tercer lugar, de una manera implícita pero no por ello menos firme, el TJUE señala que en principio, todas las Leyes que regulan el divorcio son justas. Salvo infracción del orden público internacional del foro, supuesto excepcional, no es adecuado entrar en una guerra dialéctica sobre la supuesta injusticia del Derecho italiano o irlandés porque son Derechos que regulan un divorcio lento o

<sup>33</sup> A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis”, *RCDIP*, 2017-4, pp. 511-534.

<sup>34</sup> M. AHMED, “The nature and enforcement of choice of law agreements”, *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 500-531; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7; G. BIAGIONI, “Tecniche Internazionaliprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel Diritto dell’Unione Europea”, *CDT*, 2010, vol.2, núm. 2, pp. 16 ss.; M. BROSCHE, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019; I. QUEIROLO / L. CARPANETO, «Considerazioni critiche sull’estensione dell’autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III», *RDIPP*, 2012, pp. 59-86.

<sup>35</sup> H. RÖSLER, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RabelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

<sup>36</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, 2012, núm. 1, pp. 52-85.

complejo. Todos los Derechos son justos para la sociedad que regulan. Esta toma de posición del TJUE es emocionante. En vez de estar constantemente juzgándose los unos a los otros mediante un orden público agresivo y desmesurado, los Estados deben confiar en que la regulación del divorcio contenida en una Ley extranjera es, en principio, una expresión de la Justicia y deben aplicar dicha Ley<sup>37</sup>. Indica el TJUE que los tribunales de los Estados miembros que participan en el reglamento Roma III deben evitar una visión o “*apreciación subjetiva*” de las leyes extranjeras que regulan el divorcio. No deben juzgar las leyes extranjeras con sus lentes jurídicas nacionales. Se trata de una idea savignyana, naturalmente, anclada en la “comunidad jurídica de naciones”, la famosa *völkerrechtliche Gemeinschaft*, una de las ideas persistentes del Derecho internacional privado, escribe J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>38</sup>. Acabar con los prejuicios nacionalistas es uno de los objetivos más hermosos del Derecho internacional privado.

40. En definitiva, el Reglamento Roma III se muestra como un micro sistema conflictual técnicamente muy cuidado y construido sobre principios conflictuales sólidos, precisa M. FALLON<sup>39</sup>. Es, por ello, un reglamento elegante: *le mot juste*. Con un reducido número de normas de conflicto que proporcionan soluciones sencillas y que responden a una lógica conflictual clara, el reglamento contribuye de manera evidente y firme a alcanzar resultados positivos para un espacio europeo de justicia.

---

<sup>37</sup> STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, FD 32.

<sup>38</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Dogmática jurídica y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2021 (en curso de publicación).

<sup>39</sup> M. FALLON, “Le nouveau droit du divorce international selon le Règlement Rome III: une evolution tranquille”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, pp. 291-318.

UNA SÍNTESIS DEL REGLAMENTO 650/2012: RESIDENCIA HABITUAL DEL *DE CUIUS*, FUNCIONES JUDICIALES, *PROFESSIO IURIS*. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA PRIMERA) DE 16 DE JULIO DE 2020, ASUNTO C-80/19.

THE REGULATION 650/2012 IN A NUTSHELL: HABITUAL RESIDENCE OF THE DECEASED, EXERCISE OF JUDICIAL FUNCTIONS, *PROFESSIO IURIS*: PURPOSE TO THE CJEU JUDGEMENT OF 16TH JULY 2020, C-80/19.

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho internacional privado  
Universidad de Almería*

ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 15.11.2020 / Aceptado: 11.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5987>

**Resumen:** La sentencia de 16 de julio de 2020 responde a una amplia gama de cuestiones, desde los fundamentos mismos sobre los que se basa la aplicación del Reglamento 650/2012 (residencia habitual, carácter internacional de la sucesión) hasta las condiciones en las que se puede hablar de elección de tribunal y de la ley reguladora de la sucesión, pasando por el transcendental concepto de tribunal. En realidad, esta sentencia no pasará a la historia (o se limita a recoger la doctrina de pronunciamientos anteriores, o se limita a dejarlo todo en manos de los tribunales nacionales, o ambas cosas a la vez), pero tiene la virtud de servir de síntesis de las aportaciones previas.

**Palabras clave:** sucesión con repercusión internacional, residencia habitual, tribunal, notarios, jurisdicción, *Professio iuris*.

**Abstract:** The 16 July 2020 judgment answers a wide range of queries, from the very grounds on which the application of Regulation 650/2012 is based (habitual residence, international nature of the succession) to the conditions under which a choice of court and the law governing the succession can be discussed, through the transcendental concept of court. In fact, this ruling will not go down in history (either it simply reflects the doctrine of previous decisions, or it merely leaves everything to the national courts, or both together), but it has the virtue of serving as a synthesis of previous contributions.

**Keywords:** succession having international implications, habitual residence, court, notaries, jurisdiction, *Professio iuris*.

**Sumario:** I. Preliminar. II. El litigio y las cuestiones planteadas. III. La sentencia del TJ. 1. Las cuestiones relativas a la aplicabilidad del Reglamento: repercusión transfronteriza de la sucesión y residencia habitual del causante. 2. El notario lituano como tribunal. 3. ¿Pero hubo alguna vez elección de tribunal y elección de ley? IV. A modo de conclusión.

## I. Preliminar

1. Con el art. 3.2 del reglamento 650/2012<sup>1</sup> puede ocurrir algo parecido a la excepción de orden público, y es que más allá de consideraciones generales en las que no hay debate, va a ser difícil precisar un concepto apriorístico y sin fisuras de “tribunal”, ante el cual la tarea de subsunción sea más o menos automática, de manera que el TJ se puede pasar los años venideros declarando qué no es y qué sí es, sin conseguir una definición acabada. De hecho, la sentencia que paso a comentar no difiere mucho de la de 23 mayo 2019<sup>2</sup>, y tiene puntos en común -ya tratados- en la de 21 junio 2018<sup>3</sup>; en realidad, el Tribunal Supremo lituano podía haber esperado y con la primera de las citadas podía haber resuelto sus dudas, vista la similitud de las tareas de los notarios lituanos y polacos.

2. Es probable que el legislador pecara de optimista y no previera esas dificultades, confiando en la experiencia de otras aproximaciones normativas similares que no han suscitado problemas<sup>4</sup>. Pero las cosas se han ido complicando, porque la calificación no es indiferente en cuanto a criterios de competencia y régimen de reconocimiento de decisiones. Confluyen varios factores: Una norma razonable pero demasiado ambiciosa al adoptar un enfoque funcional, la tremenda disparidad de los ordenamientos nacionales en cuanto a la autoridad encargada de sustanciar las sucesiones, la necesidad de ir diferenciando en razón de la variedad de actos encomendados a esos profesionales del Derecho<sup>5</sup>, la inactividad de los Estados a la hora de cumplir con sus obligaciones de notificación, agravada -entre otras causas- por la doctrina del TJ en WB sobre la ausencia de consecuencias tasadas de tal inactividad<sup>6</sup>. Lo cierto es que la sentencia comentada no zanja ningún problema, y habrá que esperar a la siguiente sobre el mismo tema, que tampoco zanjará el problema.

3. La resolución trata más temas. El orden expositivo de esta nota sigue el de la propia sentencia. Comenzaré refiriendo los hechos en la base del litigio para después comentar cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas, si bien alterando el orden en el que figuran en la cuestión prejudicial, agrupándolas en tres bloques: Bases de aplicabilidad del reglamento, concepto de tribunal, correlación *forum-ius*.

---

<sup>1</sup> Recuérdese su tenor: «A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan:

a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y

b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.

Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades y los profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 79».

<sup>2</sup> Asunto C-658/17, *WB*.

<sup>3</sup> Asunto C-20/17, *Oberle*.

<sup>4</sup> Recuérdese el amplio concepto de órgano jurisdiccional del art. 2 del reglamento 2201/2003 y el recogido en el 2.2 del reglamento 4/2009, sustancialmente igual al del reglamento sobre sucesiones, huérfanos de controversia.

<sup>5</sup> Ciertamente complejos, y basta ver los debates que en el ordenamiento español existen al respecto cuando de interpretar las funciones notariales se trata: *Vid.* F. M. MARIÑO PARDO, “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE de 23 de mayo de 2019”, en *La ley Unión Europea*, n° 74, 31 de octubre de 2019; I. ESPÍÑEIRA SOTO, “Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE”, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/>

<sup>6</sup> No es baladí que a este tema no se le dedique ni una sola línea en la nota explicativa del Reglamento preparada por B. HESS y otros en 2012 bajo los auspicios del Comité de asuntos legales del Parlamento Europeo, de la misma forma que nada se intuyó al respecto en un texto clave de todo el proceso, H. DÖRNER/P. LAGARDE, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Würzburg, 2002, que sin embargo evidencia perfectamente las diferentes forma de organizar el proceso sucesorio en cada país.

## II. El litigio y las cuestiones planteadas

4. La sentencia trae causa en la solicitud de E. E. a un notario de Kaunas con el objeto de que se le expidiera, tras el fallecimiento de su madre, un certificado de derechos sucesorios. La causante se había casado con un ciudadano alemán, y se había trasladado a vivir a Alemania. En 2013 otorgó estamento en Lituania, nombrando heredero único de todo su patrimonio a su hijo, nacido de un matrimonio anterior. En 2017 fallece, siendo residente en Alemania, extremo éste que igualmente declaraba en el testamento. Consta que era propietaria de un inmueble en Kaunas, así como cuentas corrientes en Lituania. Cuando en 2017 el hijo insta la apertura de la sucesión y la expedición de un certificado de derechos sucesorios, le es denegado en base a la falta de competencia, entendiéndose que, al estar la residencia habitual de la causante en Alemania, el artículo 4 del reglamento 650/2012 impedía tal apertura. Interpuesto recurso, es estimado por el Tribunal comarcal, apreciando que la causante no había cortado sus vínculos con Lituania, y resolviendo que en base a los principios de razonabilidad y buena fe el notario debía otorgar el acto requerido<sup>7</sup>. Posteriormente, el Tribunal de apelación anula esa resolución, declarando que, cuando el lugar de residencia habitual del fallecido resulta controvertido, sólo un tribunal puede determinar que su residencia habitual radicaba en su Estado de origen, y que, en este asunto, nada indicaba que el recurrente hubiera planteado esa cuestión ante un órgano jurisdiccional; se rechaza además la argumentación del tribunal *a quo* basada indebidamente en principios generales. Recurrida esta decisión, el Tribunal Supremo de lo civil y penal plantea una extensa batería de cuestiones al TJ: El núcleo central de la sentencia, allí donde pudo aportarse algo más, es la eventual consideración del notario como tribunal -con la consecuencia de que sus actos son resoluciones-, pero comparece también el problema de la definición de la residencia habitual del causante, la internacionalidad de las sucesiones y el juego de la autonomía de la voluntad en la materia (elección de ley y prorrogación de la competencia). Existe una lógica evidente en las preguntas: Dependiendo la competencia de la residencia habitual, los criterios serán unos u otros según estemos ante un notario-tribunal o no, el producto de su actuación circulará por el espacio europeo de un modo u otro según la naturaleza del órgano, cabrá o no *electio iuris* y su corolario procesal.

## III. La sentencia del TJ

### 1. Las cuestiones relativas a la aplicabilidad del Reglamento: repercusión transfronteriza de la sucesión y residencia habitual del causante.

5. Lo heterogéneo existe o no existe, pero no se puede discutir mucho sobre ello. Otra cosa es que no se le quiera prestar atención.

A pesar de la presunta complejidad inherente a nuestro peculiar método, en general, la internacionalidad o no de una relación debe condicionar siempre el razonamiento jurídico. Cada vez que algún elemento del supuesto de hecho toque a otra esfera jurídica, al operador no le queda otro remedio que cuestionarse si el legislador le ha querido atribuir transcendencia: Por consiguiente, tan cierto es que si nuestro sistema dictamina que la situación pertenece en exclusiva al Derecho del foro porque a juicio del mencionado legislador la heterogeneidad es irrelevante -y entonces la proyección del método sobre ella no provocará alteración alguna- como que hay sectores en los que la presencia de factores extranjeros tiene consecuencias vitales, y sucesiones es uno de ellos. No hará falta insistir en la transcendencia de este tema de la internacionalidad para el ordenamiento español, donde el art. 9.8 CC (no se olvide, vigente para sucesiones internas pero jurídicamente pluriconectadas) recoge criterios de conexión diferen-

---

<sup>7</sup> El CC lituano establece que el lugar de la apertura de la sucesión es el del último domicilio del causante, y que los herederos pueden instar ante el notario de tal lugar la expedición de una certificación acreditativa de la sucesión, que prueba los hechos consignados en él, retenidos como válidos mientras no se declare la nulidad del documento en el correspondiente procedimiento judicial.

tes, así como una norma de adaptación desconocida en el plano internacional, además de que el notario español puede expedir un CSE sólo si se trata de una sucesión con elemento extranjero<sup>8</sup>.

6. La farragosa formulación de la primera cuestión se resume en la búsqueda de una definición de “sucesión internacional”<sup>9</sup>. La respuesta del TJ pasa por recordar que el Reglamento entra en juego en asuntos civiles con repercusión transfronteriza (art. 81 TFUE) y que el elemento crucial es la dispersión entre el Estado de la residencia habitual del causante y algún otro elemento de la sucesión, remitiéndose a los considerandos 23 y 24 del mismo, para concluir que el caso controvertido, en atención a la nacionalidad y residencia del causante, situación de los bienes y de los herederos, encaja en tal noción de sucesión con repercusión transfronteriza. No parece dudoso que las conclusiones del AG se muestran mejor construidas en este tema, hablando de la existencia de vínculos con más de un Estado, en efecto, pero colocando en el centro la residencia habitual del causante, y a partir de ahí señalando que se precisa de la existencia de otros elementos que expresan carácter transfronterizo, que apunta sin tratar de agotar la lista<sup>10</sup>. Porque lo que ha hecho el Tribunal en su motivación es remitirse a la residencia habitual del causante, y los considerandos citados no hacen otra cosa más que interpretar ese concepto y dar pautas para su identificación, mientras que en el fallo realiza un despliegue de indicios colocados en el mismo nivel, omitiendo el papel central de la residencia del difunto, que le habría servido para acuñar una respuesta de amplio alcance.

Cuáles puedan ser esos “elementos de confrontación” es cuestión necesariamente abierta. Las reglas de competencia y las normas de conflicto, al final, vienen a reducir el razonamiento -de hecho- a un par de comprobaciones: Hay elementos que el legislador no ha retenido como relevantes -ni siquiera los ha tenido en cuenta- en el propio texto articulado, aquellos cuya presencia genera internacionalidad real pero cuya toma en consideración al construir una respuesta es eludible por superflua<sup>11</sup>: La mera dispersión de factores, que sí genera internacionalidad, puede no ser incorporada en la norma como condicionante de la solución. De entre los citados en las conclusiones, ciertamente la situación de los bienes en un Estado distinto al de residencia marca la respuesta jurídica<sup>12</sup>, mas la situación (*sic*) de los herederos no es relevante sino a los efectos de la realización de ciertos trámites (art. 13), sin alterar el régimen internacional privatístico general; la nacionalidad -presente o pasada- del causante no es *per se* relevante tampoco, y sólo importa si existe *professio iuris*, dependiente a su vez de la residencia<sup>13</sup>, mientras que la de los herederos interesaría sólo si la ley reclamada como aplicable por el Reglamento diera cabida a instituciones como el *prélèvement* o cualquier atribución patrimonial basada en ella, lo que no es sólo que hoy por hoy se halle en franca retirada, sino que resulta incompatible con la unidad

<sup>8</sup> A. FERNANDEZ TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del reglamento (UE) n° 650/2012*, Cizur Menor, 2016, RB-20.10

<sup>9</sup> «¿Debe considerarse que una situación como la controvertida en el presente asunto -en la que una nacional lituana, cuya residencia habitual el día de su fallecimiento estaba probablemente situada en otro Estado miembro pero que, en cualquier caso, nunca había cortado los vínculos con su país de origen y que, entre otras cosas, otorgó testamento en Lituania antes de su fallecimiento y dejó todos sus activos a su heredero, un nacional lituano; en la que en el momento de la apertura de la sucesión se determinó que todo su patrimonio estaba constituido por un bien inmueble ubicado en Lituania, y en la que, por último, el cónyuge superviviente de la causante, nacional de ese otro Estado miembro, manifestó su clara intención de renunciar a la herencia de la fallecida, no participó en el procedimiento iniciado en Lituania y aceptó la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos y la aplicación de la legislación lituana- es una sucesión mortis causa con repercusión transfronteriza en el sentido del Reglamento n.º 650/2012, a la que debe aplicarse dicho Reglamento?».

<sup>10</sup> Apartado 35: «Sobre cuál pueda ser ese «otro elemento», preceptos singulares del Reglamento retratan hipótesis de sucesión *mortis causa* con trascendencia en más de un foro, aportando, sin agotar, pautas para reconocer su carácter transnacional. La situación de los bienes, los herederos, los legatarios u otros parientes próximos del causante, así como la nacionalidad de este, son otros tantos datos típicos que se pueden retener».

<sup>11</sup> Evidentemente, la inspiración procede de R. DE NOVA, “Quando un contratto è internazionale?”, en *RDIPP*, 1978, pp. 674-675.

<sup>12</sup> Los arts. 10 y 12 ofrecen una respuesta matizada para la competencia judicial internacional que toma en consideración la situación de los bienes, por supuesto siempre en función de la residencia habitual del causante. El art. 30 se mueve en otra dimensión.

<sup>13</sup> Dicho de otra forma, si un ciudadano con nacionalidad extranjera fallece residiendo en España no se plantea un problema de Derecho internacional privado, salvo casos de elección de ley. De la misma manera, sería internacional la sucesión del extranjero que otorga testamento y elige su Derecho como regulador de la sucesión, adquiriendo después la nacionalidad española.

de régimen jurídico consagrada por el legislador<sup>14</sup>. En consecuencia, parece que lo único en lo que en verdad interesa detenerse es en la residencia y la situación de algunos bienes integrantes del caudal relicto en lugares distintos<sup>15</sup>. Se potencia así la caracterización del Derecho de sucesiones como patrimonial, alejándolo del sector familia, como corresponde a la base jurídica utilizada.

7. La segunda clave es la residencia habitual del difunto, objeto de la quinta cuestión<sup>16</sup>. La idea que apunta el Tribunal lituano (la posibilidad de que una persona tenga dos residencias habituales en atención al mantenimiento por el causante de un vínculo estrecho con el país de la nacionalidad) es evidentemente descartada por el TJ, que se limita a subrayar lo obvio, recordando los considerandos habituales del Reglamento sobre su identificación.

No era necesario detenerse demasiado sobre este punto, más que nada por razones fácticas y de lógica jurídica: a. Siendo el resultado de una evaluación empírica, es imposible que una persona viva simultáneamente en dos sitios: Debe existir una residencia y sólo una, incluso en los casos más difíciles, debiendo ser individualizada sin excusa, no pudiendo saltarse ese paso para realizar directamente la ponderación que comporta la determinación de los vínculos más estrechos, ni dar entrada a la discrecional consideración de otras conexiones existentes con el país en el que uno no vive<sup>17</sup>; b. Recuerda la Abogada general que la reconstrucción de la residencia habitual no puede basarse sólo en las meras declaraciones concurrentes realizadas por los particulares ante un profesional que no ejercita funciones jurisdiccionales<sup>18</sup>; con ser ello cierto, no puede olvidarse -a mi juicio- que tampoco deben tener cabida en el Reglamento normas nacionales que resuelvan el problema de la determinación de tal residencia al margen de la estricta atención de los elementos elencados en los considerandos tal y como los interpreta el TJ<sup>19</sup>; c. Desde el momento en que se coloca en el centro del sistema el objetivo de unidad, sólo la identificación de una residencia lo garantiza (al menos entre los Estados vinculados por el texto reglamentario)<sup>20</sup>. Aunque el TJ no lo afirme expresamente en la sentencia, la individualización de la residencia es necesaria siempre, incluso cuando se haya elegido la ley rectora de la sucesión, porque funge también como foro de competencia<sup>21</sup>. En este punto, se opera de forma más o menos automática, mecánica, pues resulta diáfano que, aun siendo indubitada cuál sea la residencia habitual, siempre cabrá ponderar vinculaciones, indicios de conexión con otros Estados, pero en una segunda fase, al amparo del art. 21.2.

## 2. El notario lituano como tribunal

8. La voluntad de no interferir en los sistemas nacionales de tramitación de las sucesiones<sup>22</sup>, y el hecho de que junto a un concepto de tribunal más o menos definido se ofrezca una aproximación que intenta equipararles a otros profesionales, sigue generando dudas. Si careciera de consecuencias el encuadramiento de una concreta figura en esa categoría o no, no pasaría de ser un ejercicio de diletantismo; pero las reglas de competencia son diferentes, y el régimen de circulación de los actos que producen es

<sup>14</sup> Otra lectura en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El reglamento sucesorio europeo: Análisis crítico*, Murcia, 2019, p. 69.

<sup>15</sup> La misma idea en la sentencia de 21 junio 2018. Es la que late en la de 1 marzo 2018 (asunto C- 558/16, *Mahnkopf*), donde el carácter internacional procede de la existencia de un bien en Suecia, teniendo el causante su residencia en Alemania.

<sup>16</sup> «¿Debe interpretarse el artículo 4 del Reglamento n.º 650/2012 (o cualquier otra de sus disposiciones) en el sentido de que la residencia habitual del fallecido solo puede estar situada en un Estado miembro concreto?».

<sup>17</sup> Considerando 25.

<sup>18</sup> Conclusiones, párrafo 50.

<sup>19</sup> Como parece hacer el art. 5.4 del CC lituano.

<sup>20</sup> El párrafo 41 de la sentencia recoge las observaciones del párrafo 44 de las conclusiones de la AG, deslizando sin embargo una afirmación precipitada a mi juicio, al decir que si se admitiera la posibilidad de varias residencias simultáneas se abocaría en fragmentación y se privaría de sentido a una buena parte de los artículos del Reglamento. Olvidan la norma sobre litispendencia, idónea para evitar los inconvenientes derivados de la apertura en paralelo de la sucesión en dos Estados miembros. Probablemente es todo tan sencillo y limitado como excluir lo ontológicamente imposible.

<sup>21</sup> Piénsese que cuando se habla de ley aplicable la transcendencia de la determinación del criterio de conexión principal palidece ante la posibilidad de usar la cláusula de escape.

<sup>22</sup> Considerandos 20 y 21.

distinto, como es sabido. El problema nunca surge en abstracto, porque los profesionales del Derecho con atribuciones en este sector despliegan un amplio abanico de actuaciones, y operan de forma muy distinta según de cuál se trate<sup>23</sup>, y por eso no caben inclusiones y exclusiones tajantes<sup>24</sup>. Así las cosas, es de frente a una concreta modalidad de actuación del notario cuando se han planteado las incertidumbres, en supuestos bastante parecidos hasta ahora (en WB era un certificado de título sucesorio, con valor probatorio de los derechos del heredero; en EE se trataba de un certificado de derechos sucesorios, acreditativo de los hechos consignados en él). Las cuestiones segunda, tercera y cuarta inquietan si tal actuación es propia de un tribunal, si en consecuencia los actos emanados son resoluciones y si, en caso de no ser así, son documentos públicos<sup>25</sup>.

9. El TJ argumenta que esta actuación notarial consistente en la expedición de un certificado de derechos sucesorios no constituye ejercicio de función jurisdiccional, a partir de las siguientes premisas: a) el tenor del art. 3.2 del reglamento y del considerando 20 del reglamento, que en todo momento asumen como eje la noción de función jurisdiccional, de forma tal que el concepto de tribunal comprende no sólo a las autoridades judiciales sino también a otros profesionales del Derecho con competencias en la materia; b) irrelevancia de la falta de comunicación de los Estados de quiénes son esas autoridades y profesionales, prevista en esa misma norma<sup>26</sup>; c) equiparación de ejercicio de funciones jurisdiccionales a competencia en caso de controversia, con independencia de que se trate de jurisdicción contenciosa o graciosa<sup>27</sup>. Teniendo en cuenta que el notario lituano se limita a establecer los derechos subjetivos no discutidos, que no resuelve aspectos controvertidos ni fija elementos de hecho que no sean claros y evidentes ni se pronuncia sobre hechos objeto de controversia (art. 1 de la Ley del notariado), la proyección de tales premisas conduce a tal respuesta negativa, sin perjuicio del apabullante ejercicio de nadar y guardar la ropa que sigue de inmediato: En todo caso, el órgano remitente ha de comprobar aquel extremo, así como el hecho de que eventualmente actúen por delegación o bajo control de un tribunal. Va

<sup>23</sup> En España, las formas de actuación notarial son sistematizadas en cuatro grupos: Aquellas que comportan el ejercicio de funciones jurisdiccionales, de constatación de hechos y emisión de una calificación jurídica, de autenticación y de recepción de declaraciones: I. ESPINEIRA SOTO, "Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE", en <https://www.notariosregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/>

<sup>24</sup> Consecuentemente, no se puede pretender una calificación unívoca de la actuación notarial.

Los pronósticos, por ello, han estado lejos de cumplirse: A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, "Aplicación notarial del Reglamento comunitario sobre sucesiones mortis causa", en *Escritura pública*, 77, 2012, pp. 40-41, confiando todo en las notificaciones estatales y en las comprobaciones de veracidad que realice la Comisión; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", en *CDT*, 2014, p. 14; A. BONOMI/P. WAUTELET, "Comentario al art. 3", en *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Cizur Menor, 2015, párrafo 76.

<sup>25</sup> «2) ¿Debe considerarse que el notario lituano que abre la sucesión, expide un certificado de derechos sucesorios y realiza otras actuaciones necesarias para que el heredero pueda hacer valer sus derechos, es un "tribunal" en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 650/2012, teniendo en cuenta que, en el desempeño de sus funciones, los notarios respetan los principios de imparcialidad e independencia, sus decisiones son vinculantes para ellos y para las autoridades judiciales y sus actos pueden ser objeto de control judicial?

»3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, ¿deben considerarse los certificados de derechos sucesorios expedidos por los notarios lituanos como resoluciones en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra g), del Reglamento n.º 650/2012, de modo que es preciso determinar la competencia para su emisión?

»4) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión prejudicial, ¿deben interpretarse los artículos 4 y 59 del Reglamento n.º 650/2012 (conjuntamente o por separado, si bien sin ánimo exhaustivo) en el sentido de que los notarios lituanos están facultados para expedir certificados de derechos sucesorios sin atenerse a las normas generales sobre competencia y de que esos certificados han de ser considerados documentos públicos que surten efectos jurídicos en otros Estados miembros?».

<sup>26</sup> «La circunstancia de que una autoridad nacional no haya sido mencionada no basta, por sí sola, para concluir que esa autoridad no cumple los requisitos contemplados en el artículo 3, apartado 2, de dicho Reglamento» (párrafo 43).

<sup>27</sup> Conviene recordar que en la sentencia WB ya se habían alcanzado conclusiones en el mismo sentido: Sólo los tribunales emanan resoluciones, las listas de autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales enviadas por los Estados constituyen sólo una presunción, función jurisdiccional es resolver en virtud de la propia potestad sobre los puntos controvertidos, sea jurisdicción contenciosa o voluntaria, resolver litigios (párrafo 55, con cita de jurisprudencia en el mismo sentido), no se ejercita tal función cuando la competencia del notario depende exclusivamente de las partes. El argumento derivado de la remuneración según baremo es a mi juicio olvidable, porque toca al aspecto orgánico y no al funcional (de hecho, ya no ha vuelto a esta sentencia, a diferencia de los demás).

de suyo que la respuesta a las cuestiones sucesivas queda condicionada por lo anterior, sin sorpresas: i) Sólo los tribunales dictan resoluciones (art. 3.1.g)<sup>28</sup>; en todo caso, si el órgano judicial remitente considera que el notario lituano ha actuado como tribunal, el certificado expedido tendrá la consideración de resolución y a los efectos de su expedición *puede* (no es una errata: en las demás versiones lingüísticas también se emplea el verbo poder, sin ofrecer mayores explicaciones o guías de interpretación) aplicar las normas de competencia del capítulo II del Reglamento; ii) cuando el notario no actúa como tribunal en el acto de emitir un certificado sucesorio nacional no tiene que ajustarse a las normas reglamentarias de competencia, correspondiendo al tribunal nacional la verificación de que tal certificado es un documento público conforme a las reglas del art. 3.1.i del Reglamento, idóneo para producir en el resto de Estados miembros los efectos que les vincule el Derecho del Estado de origen o los más próximos.

**10.** La parte mollar de la sentencia es claramente la relativa a la consideración del notario como tribunal. No es sólo que sea un tema actualmente abierto, sino que de ahí dependen los desarrollos sucesivos. En este tema calificadorio hemos asistido al paso de una visión orgánica e institucional -la desarrollada a partir del art. 267 TFUE, a propósito de la legitimación para formular cuestiones prejudiciales<sup>29</sup>- a otra más atenta a la función, propia de los instrumentos de Derecho internacional privado<sup>30</sup>. El legislador asume la infraestructura organizativa preexistente, consciente de que en bastantes países de Europa las tareas propias del Derecho de sucesiones son desarrolladas en muy buena medida por instancias distintas a las judiciales, y justamente por ello no pudo prescindir, en particular, del notariado<sup>31</sup>. La cuestión es saber en qué condiciones encajan estos profesionales en el RS. En atención a los objetivos perseguidos en esa norma y en estos reglamentos (cooperación del TJ con los órganos judiciales nacionales en aras de una correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión frente a la realización de los derechos de los particulares con consiguiente eliminación de los obstáculos a la libre circulación: o sea, flexibilidad cooperativa frente a rigurosidad procedimental), no se podía trasladar sin más la noción acuñada respecto a las cuestiones prejudiciales, de la misma manera que no cabe extraer de los reglamentos administrados por jueces que resuelven contenciosos directrices válidas para estos otros que operan sobre una base de profesionales y procedimientos completamente diversos. La aproximación del art. 3.2 es coherente por ser flexible, respetuosa con el entramado normativo del que se parte y con las exigencias de rigor inherentes a la circulación de resoluciones. La solución del TJ *en el caso concreto* no podía ser otra si quería respetar su tenor, pero cuando se eleva la mirada quedan algunas cuestiones abiertas:

- La definición de función jurisdiccional. El art. 3.2 distingue dos categorías de tribunales, los genuinos (o sea, los órganos judiciales) y los asimilados por razón de la concurrencia de ciertos elementos definitorios que los aproximan a los primeros<sup>32</sup>. Es la identificación de éstos la que genera dudas de interpretación, porque la definición legal está demasiado poco perfilada, dependiente en primer lugar de qué se entienda por “ejercicio de funciones juris-

<sup>28</sup> Resolución es decisión, dice la sentencia de 23 mayo 2019.

<sup>29</sup> Sobre este tema, *vid.* J. RODRIGUEZ MEDAL, “Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can refer Questions to the Court of Justice of the EU?”, en *European Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 111 ss.

<sup>30</sup> La evolución posterior del Derecho de la UE va en este sentido, como acreditan los arts. 3.2 de los reglamentos 1103 y 1004 de 2016. Conviene por tanto aportar guías claras al respecto.

<sup>31</sup> J. GÓMEZ-RIESCO TABERNEIRO DE PAZ, “Réflexions sur la notion de “jurisdiction” au sens de l’article 3.2 du règlement (UE) n° 650/2012 après les arrêts de la Cour de Justice de l’Union Européenne Oberle, C-20/17, et WB, C-658/17. Perspective espagnole”, en *CDT*, 2020, p. 1002.

<sup>32</sup> El tipo de profesional que se tuvo en mente en el momento de la elaboración del Reglamento es el del notario designado por el tribunal y que actúa como delegado (casos austriaco, checo o húngaro por ejemplo), pero la definición legal desborda ampliamente este modelo. La información es recogida por M. REQUEJO ISIDRO, “El artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, en *REEI*, 2020, n° 39, p. 3, con cita del documento interinstitucional 2009/0157 (COD), de 6 de mayo de 2011, punto 17. Sobre esos profesionales son muy útiles las informaciones contenidas en P. BEAUMONT/J. FITCHEN/J. HOLLIDAY, *The evidentiary effects of authentic acts in the Member States of the European Union, in the context of successions*, estudio elaborado bajo los auspicios del Parlamento Europeo en 2016, disponible en <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/131000/juri-committee-study-successions-authentic-acts.PDF>.

dicionales”. Y es en este punto donde el TJ termina por equiparar tribunal a controversia: No se ejerce jurisdicción si no se resuelven litigios<sup>33</sup>. Es cierto que jurisdicción y conflicto son términos tradicionalmente unidos, mas se olvida que a veces una instancia integrada en la estructura orgánica de la jurisdicción estatal en algunos casos no resuelve controversia alguna, y sigue siendo un genuino tribunal, y de hecho el TJ ha aseverado que es indiferente que se trate de jurisdicción voluntaria o contenciosa, de manera que está admitiendo que en aquellos casos en los que un juez se limita a constatar unos hechos y existe acuerdo entre las partes también hablamos de tribunal y que se emanan resoluciones<sup>34</sup>. Nuestra Ley de jurisdicción voluntaria, donde la existencia de controversia no convierte en contencioso al expediente (art. 17), ofrece ejemplos elocuentes de procedimiento judicial en temas sucesorios sin contraposición de intereses individuales (arts. 91 ss.), supuestos respecto de los que nadie dudaría que estamos ante un tribunal emanando resoluciones en los términos del art. 3.2 del Reglamento<sup>35</sup>. La existencia de controversia, pues, no puede convertirse en el elemento definitorio determinante, porque en buena medida vacía de contenido aquella disposición: De hecho, en *Oberle* se dijo que el tribunal alemán estaba vinculado a las normas de competencia del Reglamento en la emisión de un certificado sucesorio nacional<sup>36</sup>. Habría, pues, que plantear la idoneidad de superar esa ecuación, poniendo en un primer plano la cuestión de si es necesaria la intervención de una autoridad, única en condiciones de dar nacimiento a situaciones de las que se derivan derechos y obligaciones<sup>37</sup>. Cuando las partes no pueden autónomamente intervenir para moldear la realidad jurídica porque el sistema jurídico los somete a respaldo o control mediante un juicio autónomo independiente y no predeterminado -y siempre que el profesional no esté completamente vinculado por las manifestaciones o solicitudes de las partes, ni sujeto a su aprobación o consentimiento-, se está ejerciendo la función jurisdiccional en el sentido del Reglamento. Cuando su intervención se limita a un control de legalidad y su potestad queda reducida a la posibilidad de negarse a otorgar un documento, hablamos sólo de autenticación<sup>38</sup>.

- La unidad de tratamiento jurídico de los actos. Téngase presente que la distribución de competencias en algunos ordenamientos estatales supone encomendar el grueso de la gestión de las sucesiones a órganos no judiciales; en España alguno de esos actos encomendados a los secretarios judiciales (tribunales genuinos en definitiva) pueden ser realizados también por otros profesionales a los que con el objetivo de aliviar la carga de trabajo de los primeros y agilizar los mecanismos de tutela de los derechos individuales se encomienda su confección: Así pues, sería paradójico que un mismo acto se sometiera a normas de competencia y circulación diferentes, con distinta naturaleza según cuál fuera el cauce escogido por las

<sup>33</sup> Es la más que famosa sentencia de 2 junio 1994, asunto C-414/92, *Solo Kleinmotoren c Boch*. Más específicamente en la de 9 febrero 2017 (T-271/15 P) participa de la misma idea de base al excluir del núcleo de las autoridades públicas a los notarios húngaros, cuyas decisiones se basan en el consentimiento de las partes.

<sup>34</sup> *Vid.* considerando 59. Una interpretación restrictiva en M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: A propósito de la sentencia del TJUE 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17”, en *CDT*, 2020, p. 481.

<sup>35</sup> Piénsese por ejemplo en la autorización al albacea para disponer de bienes de la herencia, o en el nombramiento de un contador partidor dativo.

<sup>36</sup> Con una diferencia, y es que el notario lituano “realiza otras actuaciones necesarias para que el heredero pueda hacer valer sus derechos”, según aparece formulada la cuestión: *Cfr.* C. SANTALÓ GORIS, “The Court of Justice on the Succession Regulation”, en <https://eapil.org/2020/10/21/the-court-of-justice-on-the-succession-regulation-carlos-santalo-goris-on-the-e-e-case/>

<sup>37</sup> La jurisprudencia del TEDH muestra cómo no es imperativo que lo que llamamos tribunal esté integrado en la estructura orgánica de la judicatura. Lo importante es el respeto de las exigencias derivadas de la independencia, imparcialidad y equidad, sin importar que las competencias sean materialmente limitadas. Es igualmente inherente a su función decidir con fuerza obligatoria, y que sólo otro tribunal pueda modificar lo acordado. Una completa recopilación en COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, *Guide sur l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme. Droit à un procès équitable*, edición cerrada a 30 de abril de 2020, pp. 36 ss.

<sup>38</sup> Que es lo que ocurría en *WB*, donde el TJ firmemente declara que el notario polaco no es un tribunal, como recuerda F. M. MARIÑO PARDO, “De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones”, en *La Ley Unión Europea*, nº 85, 1 de oct. de 2020, p. 46

- partes<sup>39</sup>. Parece razonable, por tanto, que los actos en los que concurren tribunales y otros profesionales se sometan a idéntico régimen internacional privatístico, evitando incoherencias y el riesgo de *forum shopping*<sup>40</sup>.
- La certeza de los criterios de competencia. Admitamos que al particular le da exactamente igual que un notario sea considerado tribunal o no; lo que le interesa es la eficacia transfronteriza de lo que produzca. Desde este punto de vista no es tan importante la calificación, porque documentos y resoluciones gozan *a priori* de tal eficacia. Pero ya sabemos que las normas de competencia y de circulación son distintas, así que desde el punto de vista de las consecuencias se constata cómo la interpretación expansiva del concepto profesionales que ejercen funciones jurisdiccionales se traduce en la extensión del juego de las normas de competencia judicial del reglamento, y consiguientemente la reducción de los supuestos en los que se aplican las normas de origen interno, con lo que ello supone de inseguridad, incertidumbre, incremento de los costes de información a cargo de los particulares.
  - Y las demás garantías. Todo ello no es más que un primer paso en la depuración del concepto. Interpretando en atención a los objetivos del Reglamento, que culminan en la elaboración de productos jurídicos exportables, es irrenunciable salvaguardar el rigor en la defensa de los derechos de defensa en origen<sup>41</sup>. Queda por ello pendiente la comprobación de los requisitos previstos en el art. 3.2: Garantías de imparcialidad y del derecho de audiencia de las partes, y que sus resoluciones puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial y tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia. Permítaseme recordar que al menos desde el punto de vista del Derecho español, de cara a la actuación del notario como tribunal se trata de requisitos cuya concurrencia es incuestionable<sup>42</sup>. Sea como fuere, permanece el interrogante de qué puede hacer un tribunal al que se le aporta un formulario del anexo I del reglamento de ejecución 1329/2014, redactado por un profesional que se autocalifica como tribunal. Respuesta: Salvo error mío, nada. En la sentencia WB era el órgano del Estado de origen el que se negaba a expedirlo, amparándose en el hecho de no figurar entre los asimilados a tribunal en la declaración estatal. Pero en vista de la jurisprudencia del TJ, que como veremos de inmediato no concede demasiado valor a estas listas, la falta de comunicación a la Comisión no vincula a los operadores jurídicos, de forma que cada profesional es el único juez de su adecuación a los requisitos del art. 3.2, pudiendo proceder a la extensión del formulario primero o segundo según entienda. Pues bien, no parece que el Reglamento ofrezca instrumento alguno para hacer frente a estas patologías. Reténgase que: a) Hay elementos de la definición que son inverificables en esa fase procesal (el ejercicio de la función jurisdiccional, por ejemplo). El principio de la confianza recíproca impide controlar si se debió extender o no el mentado formulario<sup>43</sup>; b) Otros presupuestos sólo pueden chequearse de

<sup>39</sup> Se hace referencia a lo tocante a albaceas, contador partidor y aprobación de la partición. Sobre este aspecto, J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “Réflexions...”, *op. cit.*”, p. 1009; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional...”, *op. cit.*”, p. 490.

<sup>40</sup> La exposición de motivos de la LJV explica que por razones de utilidad se ha considerado constitucionalmente legítimo encomendar a órganos diferentes de los jueces la tutela de algunos derechos que hasta ahora se integraban en la esfera de la jurisdicción voluntaria. Cambia exclusivamente la identidad del órgano, pero no los intereses tutelados ni la garantía de los derechos, por lo que no tiene sentido afirmar que la naturaleza del acto en cuestión se ha transformado. En consecuencia, si antes era sin duda un tribunal quien los generaba, ahora debe recibir la misma calificación el profesional encargado.

<sup>41</sup> De independencia, imparcialidad y contradicción en la actuación de la Administración de justicia como base de la confianza recíproca habla el TJ en su sentencia de 9 marzo 2017, asunto C 484/15, *Ibrica Zulfikarpašić c Slaven Gajer*, a propósito del reglamento 805/2004. Es interesante constatar cómo la reciente sentencia de 21 enero 2020 (C-274/14) resume los elementos definitorios, poniendo el acento en la independencia.

<sup>42</sup> J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “Réflexions...”, *op. cit.*”, pp. 1016 ss.

<sup>43</sup> Ya sé que es otro ámbito, pero lo que se asevera en la sentencia de 22 diciembre 2010 (*Aguirre c. Pelz*) vale con alcance general: Son las partes las que deben velar por el cumplimiento de la legalidad vigente, y litigar en el Estado de origen si consideran que un formulario o una certificación está indebidamente expedido.

- forma indirecta, como motivos de denegación del art. 40 (orden público como sanción de la falta de respeto de las garantías procesales)<sup>44</sup>.
- La lista inacabada de autoridades. La falta de sanción a la pasividad estatal tiene consecuencias perversas<sup>45</sup>. Si las notificaciones estatales sólo dan lugar a presunciones *iuris tantum*, quiere decir que al margen de ellas hay espacio para descubrir ejercicios de función jurisdiccional, y que incluso lo notificado por los Estados es irrelevante, condicionado a un análisis caso por caso<sup>46</sup>. Se aboca a la justicia del cadí, existiendo como existen discrepancias en cuanto a la calificación de las actuaciones notariales. Hay inexactitudes por exceso y por defecto: Reténgase que algunos países no han notificado nada, como era el caso resuelto en el asunto comentado<sup>47</sup>. El ejemplo del ordenamiento español, en el que se ha incluido en ese concepto de tribunal la actuación de los notarios en asuntos en los que tienen competencia exclusiva y se ha dejado fuera otros en los que se dan los requisitos del mencionado art. 3.2, es elocuente<sup>48</sup>. Y queda además la cuestión de la implementación del control de veracidad y corrección: Es esencial para el goce de la seguridad jurídica poder conocer desde el principio cuál es el camino a recorrer. Que tenga que ser el TJ el que vaya precisando en cada caso qué entra y qué no en esa norma comporta un riesgo de sobrecarga de trabajo, de que demasiadas cosas escapen a ese control y de dilaciones insostenibles. No es la mejor solución, pero en el momento de acudir a una autoridad debería ser posible confiar en lo publicado<sup>49</sup>.
  - Corolario: Al final queda la duda de si no habría sido más oportuno interferir en la ordenación nacional de la función de esos otros profesionales y por ello crear criterios de competencia también para su actividad. La variedad de formas de actuación de un notario -figura paradigmática en este punto- dentro incluso de un mismo ordenamiento, convierte en tarea de extraordinaria complejidad el intento de arrojar luz al contenido del art. 3.2. El legislador quería minimizar la incertidumbre, se asegura. Pues que empiece a subsanar.

**11.** Ya se ha dicho que a partir de la no consideración del notario lituano como tribunal todo se desenvuelve fluidamente. No emana resoluciones, pero sí documentos públicos. Las afirmaciones del TJ son lógicamente inobjetables. Las indicaciones que constan permiten comprobar que se reúnen las condiciones de control de identidades y contenido e intervención de una autoridad: La definición que frece el art. 3.1.i se ajusta sin dificultad al notariado latino. Poco más hay que añadir.

<sup>44</sup> Cfr. M. REQUEJO ISIDRO, “El artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 650/2012..., *op. cit.*”, p. 13.

<sup>45</sup> El párrafo 46 de la sentencia es desolador, porque se limita a recordar lo obvio, esto es, que el objetivo reglamentario de asegurar la correcta administración de justicia en la UE se vería seriamente amenazado si cada Estado miembro pudiera determinar la calificación de lo que se considera tribunal a los efectos del art. 3.2 mediante la abstención de notificar o comunicando lo que no corresponde. Pero a partir de ahí, nada de nada. Sigue siendo un arcano saber en qué se traducirá ese incumplimiento de los Estados.

<sup>46</sup> Sobre tales falsas impresiones, E. CASTELLANOS RUIZ, “Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea IV. Comentario al Reglamento UE núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, 2019, p. 134. Añádase el riesgo de error en la transcripción de las comunicaciones estatales y se culmina el círculo de la inanidad.

<sup>47</sup> Eslovaquia, Rumanía, Polonia, Austria, Holanda, Malta, Luxemburgo, Lituania, Italia, Francia, Estonia, Alemania, Bélgica no responden o comunican que no existen tales autoridades. Chipre, Eslovenia y Bulgaria explican que sólo los órganos judiciales reúnen la condición de tribunal a los efectos del art. 3.2. A la luz de la doctrina del TJ, todas esas afirmaciones son irrelevantes. Por su parte, las comunicaciones húngara o la croata (los notarios son esas otras autoridades, vienen a decir) son tan genéricas que exigirán una depuración en función del tipo de acto que realicen; la griega es un minitratado sobre la función notarial y su idoneidad para emanar... ¡documentos públicos!

<sup>48</sup> Habría que plantear la inclusión de las actuaciones contempladas en el art. 66.2 de la Ley notarial, relativas al albaceazgo y al contador partidor dativo, y la exclusión de lo relativo a apertura, adveración, protocolización de los testamentos no notariales, donde el control es solo formal: Cfr. F. M. MARIÑO PARDO, “Doctrina y algunas consecuencias..., *op. cit.*”. Por su parte, el considerando 63 del Reglamento parece asumir que una declaración de herederos no la realiza un tribunal, porque es un documento público.

<sup>49</sup> Algún día la Comisión iniciará un procedimiento de infracción por incumplimiento de las obligaciones de comunicación de los Estados.

### 3. ¿Pero hubo alguna vez elección de tribunal y elección de ley?

12. La última cuestión afecta a la eventual existencia de *professio iuris* sucesoria y en consecuencia la posibilidad de elegir el tribunal competente<sup>50</sup>. Vaya por delante que cabría apreciar cierto divorcio entre los desarrollos contenidos en la motivación y el fallo, que no es más que una obviedad: «Los artículos 4, 5, 7, 22 y 83, apartados 2 y 4, del Reglamento n.º 650/2012 deben interpretarse en el sentido de que la voluntad del *de cuius* y el acuerdo entre los llamados a sucederlo pueden llevar a la determinación de un tribunal competente en materia de sucesiones y a la aplicación de una ley sucesoria de un Estado miembro distintas de las que resultarían de la aplicación de los criterios dimanantes de dicho Reglamento». Eso ya lo dicen las normas, así que para este viaje no hacía falta tantas alforjas. Si algún interés tiene la sentencia es por lo que precede al fallo, pues.

13. A juicio de quien esto firma, el TJ ha razonado al revés de cómo se exige en el Reglamento, que parte de la constatación de la elección del Derecho de la nacionalidad del causante como presupuesto imprescindible para que los interesados puedan elegir el foro (art. 5). Son dos operaciones indisociables con un orden preciso; dar una impresión diferente no es técnicamente correcto. Sin tal elección, no ha lugar a prorrogación alguna, lo que nada tiene que ver con la facultad indiscutida de resolver el asunto extrajudicialmente en el país que prefieran los interesados. Sea como fuere, la Corte razona afirmando que: a) En el presente caso no consta que las partes en el procedimiento sucesorio hayan celebrado un acuerdo sumisorio conforme a los requisitos del art. 7; b) no obstante, el cónyuge superviviente de la causante había declarado que admitía la competencia de los tribunales lituanos; c) el órgano judicial nacional debe comprobar si eso equivale a un acuerdo de elección de tribunal.

Pues bien, no parece que el legislador haya querido dar validez a acuerdos informales de prorrogación: El considerando 28 es elocuente, sin ofrecer la más mínima traza de flexibilización de las exigencias formales previstas en el art. 5.2. La AG recordaba que la aceptación de la competencia debía ser expresa<sup>51</sup>, que el art. 7 c) se refiere a las partes en el proceso que aceptan la competencia del tribunal ante el que se esté sustanciando la sucesión (lo que no era el caso, porque no parece que el viudo estuviera implicado en litigio alguno) y que no cabe confundir las dimensiones procesal y sustantiva, que las afirmaciones requeridas deben proyectarse específicamente sobre la elección del foro, sin que tenga incidencia lo que alguien pueda proclamar sobre sus eventuales derechos sucesorios<sup>52</sup>. El TJ ha espiritualizado tanto las exigencias de forma que ha terminado por eludir las previstas en la ley, de forma que se abre la puerta a que en el futuro un tribunal nacional descubra la existencia de un acuerdo a partir de comportamientos o de documentos ajenos al procedimiento sucesorio.

14. En cuanto a la elección de ley, el objetivo es, como señaló la AG en sus conclusiones, huir de una lectura formalista del Reglamento, pero no puede serlo inventar una manifestación de voluntad cuando no la hubo. En la medida en que no se puede ya contar con la asistencia del testador para conocer sus deseos e intenciones, éstas deben resultar de manera clara a partir de los elementos escritos en presencia. Tratándose de un testamento otorgado antes de 17 de agosto de 2015, el TJ se apoya en el art. 83 del Reglamento para encomendar al tribunal nacional la tarea de verificar si se otorgó conforme a la ley elegible, esto es, la lituana. Existen dos reconstrucciones en este punto, y de nuevo son esas conclusiones las que centran mejor el tema (salvo un borrón al final<sup>53</sup>): a) No cabe inferir la *professio*

<sup>50</sup> «¿Deben interpretarse y aplicarse los artículos 4, 5, 7 y 22 del Reglamento n.º 650/2012 (conjuntamente o por separado, si bien sin ánimo exhaustivo) de un modo que, en el presente asunto, sobre la base de los hechos descritos en la primera cuestión prejudicial, deba concluirse que las partes de que se trata aceptaron la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos y que se aplicara la legislación lituana?». Permítaseme sugerir que se trata de una cuestión hipotética, en la medida en que alude a extremos no controvertidos. La verdad es que la respuesta es igual de hipotética, pero nunca, creo, debió ser admitida esta cuestión.

<sup>51</sup> En el párrafo 119 de las conclusiones.

<sup>52</sup> «...la declaración que una parte interesada realiza fuera de cualquier proceso sobre sus derechos u obligaciones en relación con la herencia tampoco provoca el efecto sumisorio».

<sup>53</sup> No se puede decir (párrafo 107 y conclusión sexta) que en testamentos previos a 17 de agosto de 2015 en los que no conste elección de ley cabe acoger la ficción de que hubo tal elección si el testamento es válido conforme a la ley nacional del causante, salvo que se quiera decir que la única forma de salvar la validez sea aplicar esa ley. Porque si una disposición testa-

*iuris* de datos externos al propio testamento, y más cuando resulta que se ha acudido a un notario que seguramente habrá asesorado a la testadora en cuanto a sus posibilidades en el plano conflictual; b) Los factores externos a la disposición testamentaria (como, por ejemplo, el hecho de que el causante se hubiera desplazado a su país para otorgar testamento, la nacionalidad de la autoridad interviniente o cuál sea el ordenamiento que le inviste de competencia) no son decisivos, porque si hubo o no elección de ley debe deducirse directamente de la propia disposición testamentaria.

Frente a la medida de esta argumentación, el TJ viene a aseverar que, supuesto que se pudo hacer una cosa, se hizo: Como la ley lituana era elegible, concluye, fue elegida<sup>54</sup>. Además, un recordatorio extemporáneo sobre la voluntad de legislador de que la autoridad aplique su propia ley. Y hasta ahí. Evidentemente cabe una elección tácita de la ley, pero debe basarse en datos ciertos. En cambio, ninguna referencia a las reglas o instituciones específicas del ordenamiento lituano, a expresiones exclusivas de ese sistema, incluso a la nulidad del testamento si se aplicara la ley de la última residencia habitual, cualquier otro indicio deslizado en aquel. Ni que decir tiene que la universalización de esa forma de construir conduce a conclusiones bastante endebles, porque no siempre se hace lo que la ley permite hacer<sup>55</sup>. Es la esencia de la autonomía (o el resultado de un deficiente asesoramiento).

#### IV. A modo de conclusión

15. La lectura de la sentencia del TJ de 16 julio 2020 permite extraer a mi entender cuatro enseñanzas básicas:

- a. Implicaciones transfronterizas las tiene toda relación con dispersión de elementos, pero el Reglamento les da relevancia y deduce consecuencias diferenciadas sólo cuando la residencia habitual del causante y los bienes que forman parte del caudal relicto se encuentren en Estados diferentes. Otros indicios son descartados por el legislador.
- b. La definición de “tribunal” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento no puede pivotar sobre la existencia o no de controversia, porque supondría un vaciamiento de su contenido. Parece más razonable poner el foco en la necesidad de intervención de una autoridad con funciones que vayan más allá de la mera constatación de hechos.
- c. Dejar en manos de los Estados la lista de esas otras autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales no aporta seguridad: Ni está todo lo que debe estar ni es seguro que no sobre nada en ella. En realidad, ni siquiera es posible elaborarla, porque interesan actos, no profesionales. El catálogo, pues, no es sino una promesa de estabilidad, con horizonte inaprehensible.
- d. La creatividad del TJ en el tratamiento de la autonomía de la voluntad es bien intencionada pero constituye un caso de exuberancia judicial. No es que en el caso concreto se haya flexibilizado los requisitos normativos, sino que se realizan declaraciones con alcance general que invitan a convertir las ficciones en normas.

O sea, a base de remisiones a los órganos nacionales, reiteración de vaguedades e interpretaciones claramente carentes de sólido sustento normativo, lo único que cabe decir con certeza es que hoy no estamos mejor que el día 15 de julio de 2020<sup>56</sup>

---

mentaria es válida tanto conforme a la ley de la última residencia habitual del causante como a la de su nacionalidad, y no es diáfano que se eligiera esta última, nada autoriza a acoger tal ficción.

<sup>54</sup> «Este precepto puede aplicarse en el caso de autos, dado que, por una parte, el testamento de que se trata en el litigio principal se realizó antes del 17 de agosto de 2015 y, por otra parte, podía elegirse la ley lituana, de conformidad con el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento n.º 650/2012, puesto que la causante poseía la nacionalidad lituana en el momento en que se realizó dicho testamento. Por consiguiente, ha de reputarse que esta ley, con arreglo a la cual se realizó el testamento, fue elegida como ley aplicable a la sucesión objeto del litigio principal» (párrafo 94).

<sup>55</sup> Como recuerda M. LEHMANN en su comentario a la sentencia de referencia, «[i]n future cases, it will be sufficient to prove that the will has been made before a notary of a certain Member State in order to show that the deceased chose the law of this Member State»: Vid. en <https://eapil.org/2020/10/21/a-major-cjeu-decision-on-the-succession-regulation-the-case-of-e-e/>

<sup>56</sup> Todas las páginas web citadas han sido verificadas por última vez el día 15 de noviembre de 2020.

OBSERVACIÓN JURISPRUDENCIAL RELATIVA A LA LEY  
APLICABLE A LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES  
RADICADOS EN EL EXTRANJERO. ESTUDIO DE CASO  
A PARTIR DE LA SAP DE MURCIA, NÚM. 98/2020

JURISPRUDENTIAL VIEW IN RESPECT OF THE APPLICABLE  
LAW TO THE SALE OF IMMOVABLE PROPERTY LOCATED  
ABROAD. CASE STUDY ACCORDING TO JUDGMENT  
OF THE PROVINCIAL COURT OF MURCIA, N° 98/20

DAVID CARRIZO AGUADO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad de León*

ORCID ID: 0000-0002-9427-287X

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5988>

**Resumen:** A la luz de este pronunciamiento, el juez español viene a aclarar que, al amparo de la Ley preconstitucional 57/1968, de 27 de julio, no quedarán protegidos aquellos compradores que adquieran una vivienda con un fin no residencial. En concreto, considera que deben de excluirse los adquirentes que aun siendo personas físicas, compren la vivienda con un propósito inversionista, considerando como tales a los profesionales del campo inmobiliario. De igual modo, los particulares que sin ser profesionales del sector, invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de edificación o a su finalización. En concordancia con esta idea, resulta significativo valorar la eficacia del pacto de Ley inserto en un contrato de compraventa de un bien inmueble situado en el extranjero y, reflexionar en torno a la catalogación de consumidor en un marco difuso, asentado por la práctica habitual de inversión en el tráfico jurídico externo.

**Palabras clave:** Derecho aplicable, autonomía de la voluntad conflictual, inversiones transnacionales, bien inmueble sito en el extranjero, consumidor vs. inversor.

**Abstract:** With this judgment, the Spanish Judge clarifies that, under the preconstitutional 57/1968 Law, of July 27, those buyers who acquire a home for a non-residential purpose will not be protected, and specifically, it considers that they must to exclude those purchasers who, although they are individuals, buy the home with an investment purpose, considering as such those professionals in the real estate field, or those individuals who, without being professionals in the sector, invest in the purchase of homes under construction to resell them during the building process or upon completion. In accordance with this idea, it is significant to assess the effectiveness of the Law covenant inserted in a contract for the sale of an asset located abroad and to reflect on the consumer cataloging in a diffuse framework generated by the usual practice of investment in this type of real estate in foreign legal traffic.

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación emergente I+D+i financiado por la Generalitat Valenciana (con referencia GV/2019/118) titulado “La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades”, Investigador Principal José Juan Castelló Pastor del que el autor es miembro del grupo de investigación.

**Keywords:** applicable law, autonomy of the will, transnational investments, immovable property located abroad, consumer vs. investor.

**Sumario:** I. Aspectos destacables en los hechos controvertidos. 1. Punto de partida. 2. Descripción de la situación fáctica. II. La autonomía de la voluntad en sede de Derecho aplicable. 1. Prospectiva inicial. 2. Valoración del pacto conflictual. 3. Beneficios conflictuales. III. Indicios de la actividad inversora del comprador ¿pérdida de la condición de consumidor? 1. Nota preliminar. 2. Categorización de consumidor al albor europeo. 3. Denominador común en la práctica judicial española.

## I. Aspectos destacables en los hechos controvertidos

### 1. Punto de partida

1. La cuestión fáctica que alberga la SAP de Murcia, de 20 de abril de 2020<sup>1</sup> gira en torno a diversos hechos que merecen ser puestos de relieve para comprender el enredado escenario jurídico de este asunto litigioso.

Así las cosas, siendo la parte demandante en el proceso de apelación el Banco Santander, y demandados D. Jon y Dña. Genoveva, el objeto del recurso se articula, esencialmente, en base a dos cuestiones que serán analizadas a lo largo de este estudio al resultar de sumo interés desde una perspectiva internacional privatista.

2. De este modo, se abordarán, de un lado, la eventual inaplicación de la *Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*<sup>2</sup>, al ser la norma elegida por las partes como consecuencia de la existencia de un elemento extranjero, las viviendas adquiridas situadas fuera del Estado español, y, de otro, la consideración en tanto que los compradores de las mismas pueden ser tratados en calidad de consumidores al denotarse una posible actividad inversora.

### 2. Descripción de la situación fáctica

3. En el año 2006 se suscribieron en la ciudad de Murcia sendos contratos de reserva de inmueble en construcción entre la sociedad brasileña Lagoa Do Coelho Empreendimentos Turísticos Ltda, con domicilio social en Natal, Estado de Rio Grande do Norte (Brasil), representada por la sociedad española Grupo Nicolás Mateos SL, siendo esta parte la que actúa como vendedora, y los compradores D. Jon y D<sup>a</sup> Genoveva. Dichas reservas se realizaron en relación a la promoción denominada “Lagoa do Coelho Resort” cuya construcción estaba prevista en terrenos de su propiedad situados en el municipio de Touros, Natal, Estado de Rio Grande de Norte (Brasil).

4. Los contratos privados de compraventa sobre dos viviendas se celebraron en la ciudad de Murcia, residencia de los compradores. A los efectos que aquí interesan, en ambos contratos se estipulan, entre otras cláusulas, la siguiente: el contrato queda sometido a las leyes españolas para todas las cuestiones relacionadas con la existencia, cumplimiento, validez, ejecución e interpretación, excepto para aquellas cuestiones relacionadas con la transferencia de la propiedad, para las cuales se regirá por las leyes brasileñas. Además, como dato distinguido que será tratado en el epígrafe III, los actores son propietarios de diversos inmuebles en España, sin que su actividad empresarial guarde relación alguna con el mercado inmobiliario.

<sup>1</sup> ES:APMU:2020:647

<sup>2</sup> BOE núm. 181, de 29 de julio de 1968.

5. A razón del episodio fáctico, en los siguientes apartados se afrontará, por una parte, la eficacia del pacto en una relación transfronteriza cuyo objeto litigioso es el incumplimiento de un contrato de compraventa, y de otra, la calificación de la condición de consumidor como contrapunto al elemento teleológico de la adquisición de las viviendas sitas en el extranjero con finalidad inversionista.

## II. La autonomía de la voluntad en sede de Derecho aplicable

### 1. Prospectiva inicial

6. Tal y como se ha expuesto en el relato de hechos, las partes acuerdan aplicar el Derecho español en todo lo concerniente al cumplimiento y validez del contrato. Se denota que la principal controversia deriva de un incumplimiento de la obligación legal impuesta por el apartado segundo, del artículo 1 de la Ley 57/1968.

Si bien, se trata de un bien situado en el extranjero, concretamente fuera de la Unión Europea, Brasil, constituyendo este el único elemento extranjero presente en la relación jurídica, ya que los compradores son de nacionalidad española y el contrato se firma en España con una sociedad española.

### 2. Valoración del pacto conflictual

7. En virtud de la libertad de pacto conferida por el artículo 1255 CC<sup>3</sup>, existen elementos o conexiones suficientes para justificar la validez del mismo<sup>4</sup>. En cualquier caso, no cabe pretender que un contrato se regule totalmente al margen de cualquier ley estatal, incluso en aquellos supuestos en los que se pacta la sumisión del mismo a usos, costumbres o convenios internacionales<sup>5</sup>.

En este sentido, la autonomía conflictual<sup>6</sup>, faculta a las partes a elegir como Ley aplicable al contrato, la Ley de un Estado<sup>7</sup>.

8. Ciertamente, en los contratos internacionales la autonomía de la voluntad adquiere una dimensión más amplia que la mera facultad de las partes para establecer, de común acuerdo, el contenido de sus contratos, pues les permite sustraerse de las normas consideradas inderogables en los Estados, con los cuales se vinculan sus relaciones mediante un acuerdo de elección de Ley<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Con el fin de evitar que la libertad de los individuos en el ámbito de la contratación fuera desmesurada, el propio artículo 1255 CC consagra la superioridad del interés general sobre el particular, al proclamar la imposibilidad de llevar a cabo acuerdos de voluntades contrarios a la ley, la moral y el orden público. La limitación de dicha libertad tiene un carácter tuitivo al anteponer las necesidades sociales al individuo (*Vid.* M. SEDA MORA, “Autonomía de la voluntad y crisis económica: nuevas oportunidades y limitaciones”, en C. HORNERO MÉNDEZ / M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y F. OLIVA BLÁZQUEZ (dirs.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, libro electrónico).

<sup>4</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “Obligaciones Contractuales: régimen general”, en C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed., 2020, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 639.

<sup>5</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 10.5”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., 2013, libro electrónico.

<sup>6</sup> Se utiliza la expresión autonomía conflictual para definir la posibilidad que tienen las partes contratantes de elegir la ley rectora del contrato que va a determinar la validez, alcance y efectos de todos y cada uno de los pactos suscritos por las partes: *cf.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 11ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2020, p. 643.

<sup>7</sup> La tendencia favorable a la autonomía de la voluntad conflictual se impone en toda Europa y ya desde el siglo XIX queda claro que el primer punto de conexión para designar la Ley reguladora de los contratos internacionales es la autonomía de la voluntad de los contratantes. Así, el contrato debe regirse por la Ley estatal determinada por las partes (*Cfr.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en L. PRATS ALBENTOSA (coord.), *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Vol. 5, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 620-621).

<sup>8</sup> Ahora bien, existen un número importante de normas que limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual. Esto es, cada Estado antepone a la autonomía de la voluntad, las normas imperativas que salvaguardan el propio mercado o que tratan de garantizar el equilibrio de las partes contratantes y su buen fin (*Vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad y

9. Se trata de una elección genérica e incondicional del Derecho de las obligaciones de un determinado sistema jurídico estatal y se presupone que esa amplitud del juego solo se justifica cuando las partes operan en el mercado internacional<sup>9</sup>. Más aún, carece de sentido concebir la autonomía conflictual como medio de designación de una Ley aplicable estatal orientada a delimitar el alcance de la autonomía material<sup>10</sup>. En consecuencia, se entiende que, la fuerte tendencia hacia la internacionalización de la actividad humana y las diversas controversias que pudieran surgir, comportaría la conveniencia de trasladar a las partes la capacidad de atender a sus propios intereses en la gestión jurídica de sus litigios<sup>11</sup>.

10. En opinión de un sector doctrinal, la falta de armonización internacional suficiente del Derecho de los contratos<sup>12</sup> implica un marco de inseguridad que solo puede ser resuelto al abrigo de un principio tan elemental como el *pacta sunt servanda*, pues en el tráfico comercial predomina universalmente el principio de autonomía de la voluntad<sup>13</sup>. Asimismo, la voluntad de las partes no tiene un valor jurídico originario, sino que su poder vinculante deriva de la fuerza que le asigna un ordenamiento jurídico, a partir de un planteamiento básico<sup>14</sup>.

### 3. Beneficios conflictuales

11. En los contratos internacionales, las partes pueden utilizar el principio de autonomía de la voluntad para escoger la Ley que les sea más favorable a los objetivos perseguidos y evitar que los sistemas legales frustren dichos objetivos<sup>15</sup>. Ahora bien, dado que la aspiración de la cláusula sobre elección de Ley aplicable es concretar la legislación rectora del contrato, la remisión se entiende típicamente formulada a la legislación material del país designado y no a las normas de conflicto de leyes de ese ordenamiento jurídico, de modo que el reenvío no operará en estos supuestos<sup>16</sup>.

---

normas imperativas”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 896-897). Por tanto, las leyes de policía prevén la posibilidad para el juzgador de descartar la ley elegida por las partes si no respeta las reglas básicas para su país; estas normas son representativas de los valores básicos de la organización social y económica de un Estado y su aplicación requiere de una imperatividad reforzada que trasciende a la aplicación de un concreto ordenamiento (*Vid.* E. GÓMEZ VALENZUELA, “Normas imperativas y deberes de información en la contratación electrónica”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 49, 2019, versión *on line*).

<sup>9</sup> Solo es admitida por el legislador en los contratos internacionales, no en los internos (*Cfr.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2019, p. 360).

<sup>10</sup> De ahí que, en la contratación internacional, la demarcación del alcance de la autonomía material debe realizarse exclusivamente a través del juego de las normas imperativas, tanto de la *lex causae* como de la ley del foro (*Cfr.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *Abogacía internacional Volumen III: Contratos*, Rasche, Madrid, 2014, p. 162).

<sup>11</sup> Magistralmente, el Dr. Guillermo Palao Moreno realiza un estudio en profundidad sobre la irrupción del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de los conflictos transfronterizos de naturaleza privada. *Vid in extenso*, “La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales”, en L. PRATS ALBENTOSA (coord.), *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Vol. 5, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 817-956, esp. pp. 824-828.

<sup>12</sup> No se trata de elaborar un código de Derecho contractual europeo destinado a sustituir al Derecho nacional, sino únicamente ofrecer a los agentes económicos un modelo de regulación contractual más moderno, coherente y ajustado a las necesidades del mercado interior: *vid.* en este sentido, N. BOUZA I VIDAL, “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea”, en AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Vol. II, Edifer, Madrid, 2005, p. 1312.

<sup>13</sup> Las normas internacionalmente imperativas que limitan dicha autonomía son fácilmente reconocibles y las partes pueden predecir la aplicación de normas que limitan dicha autonomía, tanto internas, como internacionales o supranacionales, y en particular las que se derivan de los sistemas jurídicos más próximos: la ley del tribunal elegido, la ley del país de ejecución o la ley del mercado afectado: *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “Contrato interno e internacional: claves de la diferencia”, en C. HORNERO MÉNDEZ / M. ESPEJO LERDO de TEJADA y F. OLIVA BLÁZQUEZ (dirs.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, libro electrónico.

<sup>14</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación comercial internacional”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de losnegocios internacionales*, 6ª ed., Iustel, Madrid, 2020, libro electrónico.

<sup>15</sup> M. FONTAINE y F. DE LY, *La redacción de contratos internacionales. Análisis de causas*, Thomson Reuters, Navarra, 2013, libro electrónico.

<sup>16</sup> Para evitar cualquier incertidumbre sobre este particular se suele precisar de manera expresa al prever que la elección de

12. De hecho, las partes están mejor posicionadas que el juez para decidir qué Ley estatal les comporta menores costes conflictuales. La autoridad judicial no debe sustituir a los particulares cuando estos pueden decidir por sí mismos, por un sencillo motivo: el juez no cuenta, *a priori*, con los datos subjetivos particulares, propios de concretos sujetos individuales, y no generalizables, que le permiten valorar cuál es la Ley que comporta costes menores para dicha persona<sup>17</sup>.

13. Sea como fuere, las partes contratantes deben disponer de unas reglas de comportamiento cuya aplicación les comporte costes reducidos y que puedan conocer *ex ante* las consecuencias legales de sus comportamientos contractuales<sup>18</sup>. Dicho criterio proporciona una previsibilidad máxima de la Ley aplicable y, además, supone un criterio intrínsecamente eficiente<sup>19</sup>.

14. En suma, la elección de la Ley aplicable al contrato por los particulares implicados entraña, con carácter general, la continuidad en la decisión adoptada por los sujetos intervinientes, evitando la aplicación de una Ley que beneficie solamente a una parte contratante dotando al mismo de certeza y previsibilidad, dado que las partes contratantes conocerán anticipadamente la Ley que regula el contrato en caso de una controversia<sup>20</sup>.

Por ende, a la hora de cerrar un contrato internacional es de vital importancia la identificación de la Ley que va a regir el contrato. Esa *Lex contractus* va a venir determinada por un punto de conexión que es la “autonomía de la voluntad” constituyendo esta, el derecho subjetivo del que disponen los contratantes para poder elegir la Ley que regula el contrato del que participan<sup>21</sup>.

### III. Indicios de la actividad inversora del comprador ¿pérdida de la condición de consumidor?

#### 1. Nota preliminar

15. Naturalmente, la protección de los consumidores responde a la necesidad de equilibrar situaciones jurídicas donde una de las partes está en situación de inferioridad con respecto a la otra parte<sup>22</sup>.

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

---

la Ley de un país como Ley del contrato tiene lugar «con exclusión de sus reglas de Derecho internacional privado (Cfr. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Cláusulas de elección del derecho aplicable”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales: redacción y análisis*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 250).

<sup>17</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012.

<sup>18</sup> A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 177.

<sup>19</sup> Se podrá elegir la Ley estatal cuyo contenido material sea más favorable para los particulares (Vid. A-L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo XXI”, en AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Vol. II, Edifer, Madrid, 2005, pp. 1372-1373).

<sup>20</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Comares, Granada, 2014, pp. 71-72.

<sup>21</sup> A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Los contratos internacionales y la autonomía de la voluntad conflictual ante el Tribunal Supremo”, en A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coord.), *El Tribunal Supremo y el derecho internacional privado*, Vol. 1, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 261-281.

<sup>22</sup> El consumidor se contenta la mayor parte de las veces con sufrir la voluntad del profesional que manifiesta todo su poder; este difícilmente se encuentra en situación de negociar, de discutir el contenido del contrato que habrá sido preredactado por el profesional. Pero también, el consumidor puede llegar a ser igualmente protegido contra sí mismo, su vulnerabilidad se está viendo acrecentada por una cierta complacencia que le conduce a veces a la docilidad, *vid.* G.A. BOTANA GARCÍA, “La protección del consumidor como cliente bancario”, *Actualidad civil*, núm. 5, 2016, versión online; C. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, “La normativa de protección al consumidor como vía de tutela del cliente inversor”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 122, 2015, pp. 42-55; J. BARCELÓ DOMÉNECH, “Relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional en materia de contratación bajo condiciones generales”, en C.C. CASTILLO MARTÍNEZ (dir.) y J.L. FORTEA GORBE (coord.): *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 27.

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 éstos<sup>23</sup>.

## 2. Categorización de consumidor al albor europeo

16. En la esfera del Derecho de la Unión Europea<sup>24</sup> no existe un concepto unívoco de consumidor puesto que cada Directiva contiene una definición del mismo a los efectos de su aplicación<sup>25</sup>. En cualquier caso, será considerado consumidor final aquel que no participa en actividades comerciales o profesionales y, que solo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del individuo<sup>26</sup>.

17. La finalidad no profesional, comercial o empresarial de la adquisición del bien o de la contratación de la prestación de un servicio será nuclear para su apreciación, por ende, la satisfacción de necesidades de carácter privado marcará la senda doméstica propia de las personas físicas, cuestión que, si bien, puede desconocerse en personas jurídicas de Derecho privado que realicen actividades extraprofesionales y que merezcan ser consideradas como consumidores o usuarios en determinadas relaciones jurídicas.

En el seno del Tribunal de Luxemburgo con la llegada del asunto *Petruchová*<sup>27</sup> se aprecia una formidable calificación de consumidor a favor de los inversionistas; el juzgador europeo estima que, ni el volumen del dinero invertido, ni los riesgos y pérdidas alcanzadas, ni tan siquiera la pericia del inversor, van a demoler los beneficios conferidos a los clientes inversionistas en las normas de Derecho internacional privado europeas. De igual modo, los conocimientos, la experiencia y, la cuantía y riesgo de la operación comercial no serán objeto de calificación para atribuir a una persona la cualidad de consumidor.

Exclusivamente, el punto de mira debe estar focalizado en la posición que este ostenta en el contrato y la finalidad del mismo, esto es, actuación ajena y completamente independiente a cualquier actividad profesional y, que el lucro obtenido de la transacción inversora sea, meramente, para uso particular<sup>28</sup>.

---

<sup>23</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.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 19-36.

<sup>24</sup> En atención a la reflexión de algún autor, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión conforma el actual Derecho de consumo, tanto en lo que se refiere a su aplicación, así como a su modificación, *vid.* M.D. PALACIOS GONZÁLEZ, “Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Derecho del consumo en España”, en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA (coord.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*, Thomson Reuters-Cívitas, Navarra, 2019, p. 423.

<sup>25</sup> A modo de ejemplo, la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores, determina como consumidor a la persona física que actúe con propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión (artículo 2.1.); la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, lo define como toda persona física con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión (artículo 2.a.); la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, lo conceptualiza como aquella persona física con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión (artículo 2.e.). Ninguna Directiva de las mencionadas, entre otras, coincide en la literalidad del concepto. Lo que sí que tienen en común es que no incluyen a las personas jurídicas, suelen emplear el término subjetivo de “propósito”, y el legislador comunitario tiende a la delimitación negativa (*vid.* J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en el Derecho de la Unión Europea” en J.L. TOMILLO URBINA (dir.) / J.J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio Euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 55-57).

<sup>26</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 86-87.

<sup>27</sup> STJUE, de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18, *Petruchová*, EU:C:2019:825.

<sup>28</sup> D. CARRIZO AGUADO, “Nuevas coordenadas en las transacciones financieras internacionales: la teoría «Petruchová», *Revista de Derecho del Sistema Financiero. Mercados, Operadores y Contratos*, núm. 0, 2020, p. 345.

18. Para ello, deben concurrir los requisitos que ha de reunir todo «consumidor» para merecer esta calificación jurídica y, en cualquier caso, no podrán realizar actividades de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado<sup>29</sup>.

Así, se puede afirmar que, cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante<sup>30</sup>.

19. Se debe prestar especial atención, aunque sea someramente, a ciertos detalles acerca de la concepción de “consumidor medio” ofrecida por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión. Será el asunto *Gut Springenheide*<sup>31</sup>, primer pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, donde encontramos la identificación conceptual en el que es definido como aquel que está normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (apartado 31)<sup>32</sup>. Un sector doctrinal sostiene que, esta idea supone una regresión en la tutela ofrecida al consumidor por las diferentes normas europeas. Por ello, se debe interpretar de manera restrictiva<sup>33</sup> quedando residenciado de manera exclusiva al ámbito de las prácticas comerciales desleales, bien sean engañosas o agresivas<sup>34</sup>.

### 3. Denominador común en la práctica judicial española

20. Primeramente, conviene reseñar que a nivel interno, con la llegada de la Ley 3/2014, de 27 de marzo<sup>35</sup>, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>36</sup>, el legislador español ofrece una nueva redacción a los artículos 3 y 4 de dicha norma, relativa a los conceptos de consumidor y empresario.

<sup>29</sup> J.M., BUSTO LAGO, “La posición del consumidor y del usuario en el Ordenamiento jurídico español” en AA.VV., *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2020, libro electrónico.

<sup>30</sup> STJCE de 20 enero de 2005, asunto C-464/01, *Gruber*, EU:C:2005:32 (vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)”, *Diario La Ley*, núm. 6264, 2005; J. VANNEROM, *Consumer Notion: Natural or Legal Persons and Mixed Contracts, Landmark cases of EU consumer law: in honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 57-72).

<sup>31</sup> STJCE de 16 de julio de 1998, C-210/96, EU:C:1998:369.

<sup>32</sup> L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: La Sentencia *Gut Springenheide*”, *Derecho de los negocios*, núm. 103, 1999, pp. 1-15; A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “El carácter engañoso de la marca de empresa (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de Julio de 1998, asunto C-210/96)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 194, 2001, pp. 29-44; F. PALAU RAMÍREZ, “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, AS. C-210/96, *GUT SPRINGENHEIDE*”, *Actas de Derecho industrial y derecho de autor*, Tomo XIX, 1998, pp. 367-395.

<sup>33</sup> El concepto de “consumidor” es, en teoría, un concepto restrictivo. El futuro camina digitalmente hacia un consumo masivo online y en dicho paisaje social virtual es necesario que el TJUE abra vías de protección al consumidor de un modo evolutivo. En dicho contexto, es preciso que, en futuras reformas legislativas a nivel europeo, *ex. gr.* Reglamento (UE) 1215/2012, se incorporen los conceptos que el TJUE ha creado en relación con la competencia judicial en el sector del consumo transfronterizo: los conceptos de “acto de consumo”, “consumidor”, “profesional”, y “actividad dirigida”, por ejemplo, deberían dejar de ser conceptos jurisprudenciales para pasar a ser conceptos legales: *Vid* interesantísimo estudio de A-L. CALVO CARAVACA, “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del TJUE. Últimas tendencias”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, 2020, núm. 1, pp. 86-96.

<sup>34</sup> J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en el Derecho de la Unión Europea”, en J.L. TOMILLO URBINA, (dir.), J.J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio Euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 57-59.

<sup>35</sup> BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. La finalidad primera de la Ley 3/2014 es incorporar la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (DOUE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011). Interesa destacar, entre otros, los siguientes comentarios sobre la misma, *vid*: M.J. MARÍN LÓPEZ, “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, pp. 8-21; I. RALUCA STROIE, “La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el diario oficial de la Unión Europea”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, pp.1-7.

<sup>36</sup> BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

Su artículo 3 distingue entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica. Ello no supone contravenir el espíritu del legislador europeo, en razón de que, aun cuando sea una Directiva de máximos o de armonización plena, al tratarse de sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la misma, es decir, materia no armonizada, los Estados miembros disponen de libertad regulatoria al respecto.

Sobre este particular, la doctrina más consolidada estima que, la finalidad del artículo 3 *in fine* es clara: incluir en el concepto de consumidor a algunos entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios, y excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad que se constituyen con un claro ánimo de lucro, como son las sociedades mercantiles, o las comunidades de bienes constituidas por varios sujetos para operar en el mercado<sup>37</sup>.

**21.** En atención a la apreciación del juez español, la determinación de si un consumidor realiza una actividad inversora es una cuestión que debe de ser examinada en atención a las circunstancias concretas que se acrediten en cada uno de los supuestos de hecho que se enjuician, bien entendido que la carga de la prueba de la finalidad de la compraventa o prestación del servicio es diferente según el tipo de persona que contrate<sup>38</sup>.

El Alto Tribunal español entiende que, si se ignora cuál es el interés de los compradores y si, efectivamente, la intención es la explotación de un bien inmueble, sin residir en él, aunque fuese temporalmente, nos encontremos ante inversionistas y no con consumidores<sup>39</sup>.

**22.** No debe caer en olvido que, se excluyen del ámbito de protección de la Ley 57/1968 tanto al inversor profesional como al no profesional, con independencia de si la compra es sobre plano o en construcción<sup>40</sup>. También, se ha de considerar al comprador como un inversor ante la existencia de indicadores tales como, la residencia o el lugar de trabajo que resultan fiel prueba para destacar la finalidad inversora, dado que el comprador, así como sus familiares, residen y trabajan en el extranjero<sup>41</sup>.

Igualmente, si el comprador se trata de un promotor inmobiliario que había venido adquiriendo otras viviendas no podrá ampararse en la Ley *supra* mencionada al no tener la condición de consumidor, pues se trata de un inversor profesional<sup>42</sup>. Asimismo, dos signos clave representan el *quid* en esta clase de operativa comercial internacional: la existencia de múltiples reservas de viviendas y la presencia de un comportamiento a cargo del comprador caracterizado no tanto por la pérdida económica, sino por la ausencia de la rentabilidad esperada<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> M.J. MARÍN LÓPEZ, “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 13-15.

<sup>38</sup> En tal sentido, si fuese una persona jurídica debe de ser probada por la misma, por el contrario, si se trata de una persona física, la carga de probar la condición de inversor corresponde a la parte que la alega como hecho impositivo de la demanda, esto es, a la demandada, conforme a las reglas generales de la carga de la prueba del artículo 217 LEC. *Vid.* fundamento núm. 17 de la SAP de Murcia, 20 de abril de 2020, ES:APMU:2020:647.

<sup>39</sup> ATS de 11 de noviembre de 2020, ES:TS:2020:10092A.

<sup>40</sup> STS de 11 de noviembre de 2020, ES:TS:2020:10173A; ATS de 14 de octubre de 2020, ES:TS:2020:8751A.

<sup>41</sup> STS de 3 de septiembre de 2020, ES:TS:2020:2806.

<sup>42</sup> STS de 1 de junio de 2016, ES:TS:2016:2567.

<sup>43</sup> STS de 3 de noviembre de 2014, ES:TS:2014:4250.

EXTENSIÓN AL CONSIGNATARIO DE LOS EFECTOS  
DE UNA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE FORO PREVISTA  
EN UN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. COMENTARIO  
AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA  
NO. 62/2020, DE 24 DE ABRIL DE 2020

EXTENSION TO THE CONSIGNEE OF THE EFFECTS  
OF A FORUM CHOICE CLAUSE ISSUED IN A BILL OF LADING.  
COMMENTARY ON THE ORDER OF THE BARCELONA  
PROVINCIAL COURT NO. 62/2020, OF APRIL 24, 2020

MARTA CASADO ABARQUERO  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Universidad de Deusto*  
ORCID: 0000-0002-7228-4044

Recibido: 16.11.2020 / Aceptado: 18.12.20200

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5989>

**Resumen:** En el presente auto la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve de forma poca acertada el recurrente problema de extender al consignatario los efectos de un acuerdo de elección de foro recogido en el dorso de un conocimiento de embarque. Más allá de consideraciones de política legislativa, lo cierto es que en la resolución analizada el órgano jurisdiccional se equivoca al identificar la norma aplicable (Convenio de Lugano, en lugar del Reglamento Bruselas I bis) y al fijar el valor normativo de los usos y costumbres en el ámbito marítimo.

**Palabras clave:** conocimiento de embarque, consentimiento, acuerdo de elección de foro, usos y costumbres, hábitos entre las partes.

**Abstract:** In this ruling, the Barcelona Provincial Court faces the recurring problem of extending to the consignee the effects of a choice of court agreement written down in the back of a bill of lading. Beyond legislative policy considerations, in the analyzed resolution the court is wrong when identifying the applicable legal instrument (Lugano Convention, instead of the Regulation Brussels I bis) and when setting the normative value of the uses and customs in the maritime field.

**Keywords:** bill of lading, consent, forum choice agreement, uses and custom, practices between the parties.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos. III. Consideraciones preliminares. III.1 Bloques normativos. III.2 El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en el RBI bis y en el Convenio de Lugano. III.3 El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en la LNM. IV. Primer error: Incorrecta determinación del instrumento jurídico aplicable. V. Segundo error: Omisión de los hábitos que las partes tenían establecidos entre ellas. VI. Tercer error: Aplicación del Derecho nacional del foro para enjuiciar la validez material del acuerdo de elección de foro. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En la práctica del comercio marítimo no ha sido infrecuente que los porteadores hayan intentado sustraerse a la jurisdicción de determinados tribunales que, bien por la legislación aplicable, bien por su doctrina jurisprudencial mantenida sobre determinados aspectos, pudieran ser contrarios a sus intereses. En este sentido las cláusulas de jurisdicción eran el mecanismo que permitía a estos operadores marítimos imponer un fuero amigo al resto de las partes implicadas en la operación de transporte (cargadores, consignatarios...). Por ello este tipo de cláusulas cobraron especial protagonismo, hasta el punto que en ocasiones la elección de un tribunal podía ser más importante que el resto de las estipulaciones del contrato.

2. En este contexto es evidente que los acuerdos de elección de foro han suscitado reticencias en algunos ordenamientos jurídicos del entorno, e incluso en los convenios internacionales aplicables en la materia. Así, por ejemplo, en el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento de embarque no se hacía referencia alguna a las cláusulas de jurisdicción (si bien para aprobar el convenio algunos países incorporaron disposiciones especiales en virtud de las cuales tales cláusulas se consideraban nulas)<sup>1</sup>, el artículo 67 del Convenio UNCITRAL sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam) los admite con condicionantes, y el artículo 21 del Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo) impide al porteador imponer su elección de foro<sup>2</sup>.

3. Por lo que al ordenamiento jurídico español respecta, la actual Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima<sup>3</sup> (LNM) condiciona la validez de este tipo de acuerdos al hecho de que hayan sido negociados de forma individual y separada por las partes.

4. El problema de soluciones tan inflexibles como la española es que impiden la autotutela jurisdiccional de las partes, quienes voluntaria y conscientemente podrían acordar someter sus disputas a tribunales especializados o a los órganos jurisdiccionales que estimen más adecuados para la defensa de sus intereses. En este sentido, en el ordenamiento jurídico comunitario se ha optado por admitir los acuerdos de elección de foro siempre y cuando exista un consentimiento sobre los mismos y éste se manifieste en alguna de las formas legalmente previstas por estos instrumentos europeos. En definitiva, una solución técnicamente mucho más respetuosa con la autonomía de la voluntad de las partes y más acorde a los usos y costumbres comerciales vigentes en el sector<sup>4</sup>. Sin embargo, la articulación de los diferentes bloques interpretativos no siempre ha sido correctamente entendida, dando lugar a resoluciones como la que nos ocupa<sup>5</sup>.

## II. Hechos

5. Los hechos que dan lugar a la resolución analizada se remontan a 2017. LA HORMIGA NARANJA EXPORTADORA, S.L. (LA HORMIGA NARANJA), con domicilio en Rafelbuñol (Valencia) concluyó un contrato de compraventa de una partida de 60.370 kilogramos de carbón vegetal con

<sup>1</sup> *Conocimiento de embarque*, Informe de la secretaria de la UNCTAD, Naciones Unidas, Nueva York 1971, p. 51.

<sup>2</sup> Al respecto, *vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Entre La Haya, Hamburgo y Rotterdam: la compleja opción legislativa interna ante las cuestiones de jurisdicción y arbitraje en el Derecho marítimo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Nº 17, 2017, pp. 597-646.

<sup>3</sup> BOE núm. 180, de 25 julio 2014.

<sup>4</sup> J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “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)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Nº 2, pp. 388-401.

<sup>5</sup> Respecto a la pluralidad de bloques normativos, *vid.* el interesante trabajo de U. BELINTXON MARTÍN, “La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional: divergencias y efecto distorsionador”, en M.V. PETIT LAVALL, F. MARTÍNEZ SANZ, Y A. RECALDE CASTELLS, (Dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

CHACO EXPORT, S.L. La mercancía debía ser transportada en tres contenedores vía marítima desde el puerto de Fénix (Paraguay) hasta Barcelona, y llegaría a su destino el 16 de noviembre de 2017, con 28 días de retraso respecto a la fecha acordada. El transporte se efectuó en régimen de conocimiento de embarque emitido por la naviera MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY (MSC) y figuraba como cargador la parte vendedora, esto es, la mercantil CHACO EXPORT S.L. Esto no obstante, en el conocimiento de embarque se recogía la indicación de que lo hacía “*en nombre de*” LA HORMIGA NARANJA, destinataria de la mercancía.

6. La mercancía llegó dañada a su destino y LA HORMIGA NARANJA decidió interponer ante los tribunales españoles una demanda contra la naviera MSC en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por la mercancía. Ante esta circunstancia la naviera demandada planteó una declinatoria<sup>6</sup> de jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles por considerar que la controversia debía ventilarse ante los tribunales londinenses a los que, según ella, la parte actora se había sometido. Para ello alegaba que en el reverso del conocimiento de embarque se había incluido un acuerdo de elección de foro a favor los Tribunales de Londres, y un acuerdo de elección de la ley inglesa. Concretamente, los términos de la cláusula eran los siguientes: “*Jurisdicción. Por la presente se acuerda de manera expresa que las demandas entabladas por el Comerciante y -con la salvedad de los que adicionalmente se dispone más adelante-, se someterán al fuero del Tribunal Superior de Justicia de Londres y será de exclusiva aplicación la legislación británica (...). El Comerciante acuerda no entablar demanda alguna ante ningún otro juzgado o Tribunal y se compromete a abonar las costas legales razonables del Transportista para cancelar cualquier demanda interpuesta en otro foro. El Comerciante renuncia a oponer su jurisdicción personal sobre los foros pactados anteriormente*”.

7. El Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona estimó la declinatoria por falta de jurisdicción para conocer de las pretensiones deducidas por LA HORMIGA NARANJA y dispuso que carecía de jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por la demandante contra la naviera.

8. La resolución es recurrida y da lugar al auto 62/2020, de 24 de abril de 2020 ahora analizado, auto en el que se revierte la solución alcanzada por el juzgado de lo mercantil y en el que la Audiencia Provincial de Barcelona, al desestimar la declinatoria de jurisdicción, incurre en importantes errores en una materia compleja, complejidad que se ha intensificado especialmente tras la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima. Tras la reflexión sobre una serie de cuestiones preliminares que pueden ayudarnos a comprender el distorsionado discurso argumental de la Audiencia Provincial de Barcelona, el presente análisis jurídico se centrará en el estudio de los tres errores en los que incurre el órgano judicial: (i) La incorrecta aplicación del Reglamento Bruselas I bis; (ii) La errónea calificación del consignatario como tercero eventualmente subrogado en la posición del cargador y la omisión de los hábitos que las partes tenían establecidos entre ellas; (iii) La aplicación del Derecho nacional del foro para enjuiciar la validez material del acuerdo de elección de tribunal.

### III. Consideraciones preliminares

#### 1. Bloques normativos

9. El marco jurídico de aplicación en materia de transporte marítimo internacional viene delimitado por tres bloques de diferente fuente y rango normativo<sup>7</sup>. En primer lugar, el conjunto normativo de

<sup>6</sup> Sobre la declinatoria internacional y la posición mantenida al respecto por nuestro Tribunal Supremo, E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Declinatoria internacional ante los Tribunales españoles. La posición del tribunal supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Colección Derecho y Letras, N°1, Murcia, 2019, pp.115-136

<sup>7</sup> En relación con los principios para resolver los conflictos normativos, *vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Las reglas de especificidad

fuerza institucional derivado de los Reglamentos de la Unión Europea<sup>8</sup>. En segundo lugar el bloque convencional integrado por convenios internacionales especializados, principalmente el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento<sup>9</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”), el Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo) y las disposiciones normativas del Convenio UNCITRAL sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam). Y, finalmente, el bloque integrado por las fuentes de producción interna (en el caso español, la Ley de Navegación Marítima anteriormente mencionada).

10. El principio de jerarquía normativa no deja lugar a dudas respecto a la primacía jerárquica del Derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales. O dicho en otros términos, respecto a la prevalencia de lo dispuesto por las normas de origen comunitario y/o convencional sobre las normas de origen interno o nacional<sup>10</sup>.

## 2. El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en el RBI bis y en el Convenio de Lugano

11. El artículo 25 del Reglamento 1215, así como el artículo 23 del Convenio de Lugano reconocen validez a los acuerdos de elección de foro aunque los mismos no hayan sido negociados individualmente. Ambos condicionan la validez del acuerdo atributivo de jurisdicción a que haya sido celebrado: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Es precisamente esta referencia a los usos y costumbres del sector o, incluso, a los usos mantenidos entre las partes la base jurídica para interpretar que, en la materia que nos ocupa, el consignatario ha prestado su consentimiento al acuerdo de elección de foro recogido en un conocimiento de embarque inicialmente firmado por el porteador y el cargador.

12. En este sentido se ha manifestado en varias ocasiones el TJUE<sup>11</sup>, llegando incluso a establecer que *“A este respecto, existe un uso en un sector del comercio internacional cuando, en particular, las partes contratantes que operan en dicho sector siguen generalmente un comportamiento determinado al celebrar cierta clase de contratos. El conocimiento de dicho uso por las partes contratantes queda acreditado cuando, en particular, hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operen en el sector comercial de que se trate o cuando, en dicho sector, se siga un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada”*. De hecho, en el ámbito marítimo internacio-

---

como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6.

<sup>8</sup> En la actualidad integrado por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 351/1, de 20 diciembre 2012); y por el Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 339, de 21 diciembre 2007).

<sup>9</sup> *Gaceta* núm. 212, de 31 julio 1930.

<sup>10</sup> Sobre el orden de prelación de fuente, véase J.M. RUIZ SOROA, “El Derecho Uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, en A. EMPARANZA SOBEJANO y J.M. MARTÍN OSANTE (dirs), *Comentarios sobre la ley de navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 49-60

<sup>11</sup> STJUE de 20 febrero 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG) contra Les Gravières Rhénanes SARL*, Asunto C-106/95 (ECLI:EU:C:1997:70); STJUE de 16 marzo 1999, *Trasporti Castelletti SpA contra Hugo Trumpy SpA*, Asunto C-159/97 (ECLI:EU:C:1999:142). Sobre la interpretación del TJUE sobre las cláusulas de foro insertas en un conocimiento de embarque y los usos del comercio internacional, *vid.* E. TORRALBA MENDIOLA, “Las «especialidades procesales» de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *Revista de Derecho del Transporte*, N° 16, 2015, pp. 121-131.

nal la elección de los tribunales ingleses suele ser consecuencia de su indiscutible especialización, y no de la imposición de las condiciones contractuales de las empresas de mayor tamaño sobre las empresas más pequeñas, o de la influencia que pudieran tener las grandes compañías navieras como redactoras habituales de las cláusulas<sup>12</sup>. Junto a los tribunales ingleses, en la mayoría de las cláusulas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque se designan a tribunales franceses o neerlandeses<sup>13</sup>.

13. Pues bien, este es el régimen jurídico aplicable en los supuestos en que las partes han sometido sus controversias a un órgano jurisdiccional radicado en el territorio de la Unión Europea<sup>14</sup>.

### 3. El régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro en la LNM

14. Cuando el acuerdo de sumisión lo es a un juzgado o tribunal ajeno a la Unión Europea, la norma de aplicación es la LNM. Sin embargo, la filosofía inspiradora de la regulación de los acuerdos de elección de foro de esta norma difiere de la flexibilidad que la remisión a los usos y costumbre le confiere en las normas de origen comunitario. Así, ya en el Preámbulo de la misma se perfila claramente su objetivo, que no es otro que tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo, haciéndose eco de los abusos sufridos en ocasiones 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. No obstante, pese a este loable objetivo, el legislador nacional no debiera desconocer que la especialidad del foro elegido podría enmendar en ocasiones esta carencia de conexión, por lo que el hecho de que resulte más costoso o incómodo litigar en el extranjero no sería razón suficiente para obviar el efecto derogatorio de la cláusula sobre la competencia de los tribunales españoles<sup>15</sup>.

15. La LNM regula los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los documentos y contratos de transporte marítimo (generalmente, los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento) en el artículo 468. Concretamente, condiciona su validez a que hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que la mera inserción de una cláusula de jurisdicción en el condicionado impreso de un contrato sea, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes. Y para evitar el menor margen de duda sobre esta exigencia de negociación separada e individual de los acuerdos de elección de foro, en su artículo 251 regula la eficacia traslativa de la transmisión del conocimiento de embarque. En este sentido el legislador interno establece que la transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, y que el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, pero excepciona de los mismo los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje que, vuelve a subrayar, requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el artículo 468<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Nº 2, pp. 339.

<sup>13</sup> F.B. LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 1, 2019, p. 420.

<sup>14</sup> Es importante puntualizar que tanto en el momento en que sucedieron los hechos, como en el momento en que se redacta esta Nota de Jurisprudencia, el Brexit no está jurídicamente operativo. Sobre las consecuencias del Brexit *vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Consecuencias del Brexit para el Derecho Internacional privado europeo”, *Retos para la acción exterior de la Unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 249-276; I. HEREDIA CERVANTES, “Brexit y derecho internacional privado: algunas previsiones sobre lo imprevisible”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Nº 38, 2017, pp. 495-506.

<sup>15</sup> N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo. Comentario al auto de 5 de julio de 2019 de La AAP de Madrid (Sección 28)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, Nº 1, p. 622.

<sup>16</sup> Una visión favorable a la solución alcanzada por la LNM puede encontrarse, en I. ARROYO MARTÍN, “Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol.

16. Para concluir, el 469 LNM fija los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan en relación con los contratos de utilización de buque, permitiendo al demandante elegir entre los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato o del puerto de carga o de descarga.

#### IV. Primer error: Incorrecta determinación del instrumento jurídico aplicable.

17. Como no podía ser de otra manera, la sentencia analizada reconoce la primacía de la normativa europea y, en concreto, del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 puesto que la normativa de origen interno únicamente es de aplicación “*sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea*”.

18. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona incurre en un error palmario al aplicar el Reglamento Bruselas I bis, en lugar del Convenio de Lugano de 2007. Efectivamente, en su Fundamento de Derecho Tercero la sentencia analizada informa que MSC, naviera demandada, tiene su domicilio en Suiza. Es cierto que el domicilio del demandado en Suiza no obsta a que pueda defenderse la aplicación del Reglamento 1215 por existir un acuerdo de sumisión válido a favor de un Estado miembro, puesto que por todos es sabido que la validez de estos acuerdos de elección no queda condicionada por el domicilio de las partes en territorio comunitario. En definitiva, se trata de un asunto en el que concurren dos instrumentos jurídicos aplicables, esto es, el RBI bis y el Convenio de Lugano de 2007. Esta concurrencia normativa nos obliga a analizar las normas de compatibilidad de ambos. Así, el artículo 73 RBI bis dispone que este reglamento comunitario “*no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007*”. Por lo tanto, efectúa una remisión al Convenio de Lugano y, en concreto, a su artículo 64.2 a), precepto que dispone que en materia de competencia judicial internacional se aplicará el Convenio de Lugano, y no el Reglamento comunitario, cuando el demandado tenga su domicilio en Noruega, Islandia o Suiza.

19. En cualquier caso, este error no abocaría necesariamente a un resultado material diferente al alcanzado por la Audiencia Provincial de Barcelona puesto que por todos es sabido que el Convenio de Lugano es una extensión a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio del sistema instaurado en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil por el antiguo Convenio de Bruselas de 1968, posteriormente Reglamento 44/2001, y en la actualidad, Reglamento 1215/2012. De hecho, el artículo 23 del Convenio de Lugano es prácticamente una copia literal del actual artículo 25 RBI bis (con la salvedad que se analizará en el apartado VI).

#### V. Segundo error: Omisión de los hábitos que las partes tenían establecidos entre ellas

20. La sentencia incurre en un segundo error de entidad a la hora de enjuiciar la validez de la sumisión a los tribunales británicos. Y es que centra su debate argumental en la consideración de la consignataria española como un tercero completamente ajeno a la relación derivada del conocimiento de embarque que no ha prestado su consentimiento a la cláusula de jurisdicción.

21. En este sentido, la sentencia se esfuerza en traer a colación la jurisprudencia del TJUE en el asunto Coreck relativa a la oponibilidad de las cláusulas de elección de foro a terceros originariamente

---

XXX, 2013 pp. 23-95. En contra, por el contrario, U. BELINTXON. MARTÍN, “Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, Vol. 12, Nº 2, p. 134; 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; M. GÓMEZ GENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, pp. 112-129; 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.

no firmantes del conocimiento de embarque<sup>17</sup>. Sin embargo, una lectura detallada de la sentencia del tribunal europeo pone de manifiesto la interpretación interesada que la Audiencia Provincial de Barcelona realiza. Concretamente, en esta sentencia el TJUE se preguntaba si una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador (en el caso que nos ocupa, entre MSC y CHACO EXPORT) e incluida en un conocimiento de embarque producía efectos frente a cualquier tercero tenedor del conocimiento de embarque o bien sólo frente al tercero tenedor del conocimiento de embarque que, al adquirir éste, haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones<sup>18</sup>.

22. El TJUE concluyó que corresponde al Derecho nacional aplicable determinar si el tercero contra el que se haya invocado una cláusula atributiva de competencia (en el caso que nos ocupa, LA HORMIGA NARANJA) ha sucedido en sus derechos y obligaciones a una de las partes originarias. Y, si así fuera, no sería necesario verificar si este tercero otorgó o no su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia concluida en el contrato inicial. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona omite que el TJUE en este mismo fallo expresamente afirmó que si este tercero había prestado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia no sería necesaria esa remisión al derecho aplicable. En definitiva, bastaría con que el tribunal analizara si LA HORMIGA NARANJA había prestado su consentimiento de conformidad con las exigencias enumeradas por el artículo 25 RBI bis (23 del Convenio de Lugano) para reconocer validez al acuerdo atributivo de jurisdicción que deroga la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles<sup>19</sup>. Y si esto fuera así, sería absolutamente irrelevante que LA HORMIGA NARANJA se hubiera subrogado o no en la posición del cargador.

23. Pues bien, es en este punto donde la resolución analizada no es fiel a la realidad, ya que en su Fundamento Jurídico Primero expresamente menciona que LA HORMIGA NARANJA había designado a una empresa denominada DATISA como su representante para todos los embarques anteriores al 31 de diciembre de 2017, “*manifestando expresamente que conocía las condiciones generales de la contratación de MSC*”. Por tanto, ya no estamos discutiendo si existe un uso “*que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado*”. Es decir, no estamos analizando si es una práctica habitual en el sector del transporte marítimo internacional el conferir competencia a los tribunales ingleses, tribunales conocidos por su especialización en la materia. Y tampoco estaríamos discutiendo si los efectos de un acuerdo atributivo de competencia son extensibles a terceros originariamente no firmantes del conocimiento de embarque. Estaríamos sencillamente analizando si existe una práctica habitual entre LA HORMIGA NARANJA y MSC de someter sus discrepancias a los tribunales británicos y a la legislación inglesa (algo que, como la propia sentencia analizada indica, constaba expresamente en las condiciones generales de la contratación de MSC que la demandante dice conocer)<sup>20</sup>.

## VI. Tercer error: Aplicación del Derecho nacional del foro para enjuiciar la validez material del acuerdo de elección de foro.

24. Como se ha expuesto en el apartado anterior, la Audiencia Provincial de Barcelona obvia que LA HORMIGA NARANJA ha prestado su conformidad con el pacto por el que se acuerda someter las controversias derivadas del transporte de la mercancía a los tribunales británicos y a la legislación inglesa.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 noviembre 2000, Coreck Maritime GmbH contra Handelsveem BV y otros, Asunto C-387/98 (ECLI:EU:C:2000:606).

<sup>18</sup> Pár. 23.

<sup>19</sup> Par. 26.

<sup>20</sup> Sobre las cláusulas de jurisdicción, el conocimiento de embarque y su relación con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *vid.* “Consideraciones normativas sobre las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque a la luz de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, N° 39, pp. 163-189.

25. Esta conformidad se deduce del artículo 25.1 b) RBI bis (artículo 23.1 b) del Convenio de Lugano), puesto que es conforme con “*una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas*”. Insistimos en el hecho de que LA HORMIGA NARANJA había declarado expresamente conocer las condiciones generales de la contratación de MSC, entre las que se incluía el acuerdo de jurisdicción y el acuerdo de elección de ley.

26. Y esta conformidad se deduciría igualmente del artículo 25.2 RBI bis (artículo 23.2 del Convenio de Lugano), puesto que la elección de los tribunales ingleses, órganos jurisdiccionales especializados en el Derecho del transporte marítimo internacional y con una larga trayectoria internacional al respecto se pueden incardinar en el concepto de “*usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado*”.

27. Este acuerdo de sumisión satisface, por lo tanto, las exigencias legales del Convenio de Lugano, cuyo artículo 23 no hace mención alguna a las condiciones de validez material del mismo.

28. Si por el contrario la relación privada internacional analizada hubiera entrado dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1215 (en lugar de del Convenio de Lugano), el artículo 25 permitiría sustraerse a la eficacia derogatoria del acuerdo de jurisdicción si éste fuera nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho del Estado miembro designado como competente<sup>21</sup>. Esto es, hubiera sido necesario analizar si el Derecho inglés condiciona la validez de estos acuerdos de elección de foro a la existencia de una negociación previa individualizada y separada o, por el contrario, admite prestar el consentimiento a los mismos de una forma más flexible y ajustada a los hábitos existentes en el sector. Con esta redacción, el Reglamento 1215 introduce una regla armonizada de conflicto de leyes en materia de validez sustantiva de los acuerdos de elección de foro, garantizando así un resultado similar en esta cuestión sea cual sea el tribunal al que se somete el asunto, en clara correspondencia con la solución establecida por el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005<sup>22</sup>.

29. Pues bien, en clara contradicción con lo dispuesto por el legislador comunitario, la Audiencia Provincial se empeña en desconocer la existencia de un acuerdo de sumisión válidamente consentido por LA HORMIGA NARANJA y centra el nudo gordiano de su fallo en determinar si la demandante se ha subrogado o no en la posición de CHACO EXPORT. Para ello aplica las normas de conflicto españolas, no las inglesas, y vuelve a incurrir en una arbitrariedad orientada a conseguir la aplicación de la ley material española al calificar la relación jurídica entre LA HORMIGA NARANJA y MSC erróneamente como una relación relativa a la “*propiedad y posesión de los bienes muebles*”. Y decimos que la calificación de la relación jurídica es errónea puesto que la posesión y/o propiedad de la mercancía no se discute en la demanda entre LA HORMIGA NARANJA y la naviera. Lo que está en entredicho es la responsabilidad de MSC por los daños causados a la mercancía durante el transporte de la misma. En este sentido, debemos recordar que el conocimiento de embarque despliega una triple función y, por ello, puede describirse de tres formas diferentes: (i) Como un recibo expedido al cargador y firmado por el porteador o una persona que actúa en representación del mismo, en el que se reconoce que las mercancías que en el

---

<sup>21</sup> El tenor literal del artículo 25 del Reglamento 1215 dispone que “*Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro*”. Por su parte, el artículo 23 del Convenio de Lugano únicamente menciona que “*Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado vinculado por el presente Convenio, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado vinculado por el presente Convenio fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes*”.

<sup>22</sup> COM (2010) 748, p. 9. Sobre esta norma de incuestionable valor científico, *vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, N° 22, enero de 2015, pp. 35-45.

mismo se describen han sido embarcas en un determinado buque y con un concreto destino; (ii) Como un memorando de las condiciones y modalidades del contrato de transporte que en realidad habría sido frecuentemente celebrado mucho antes de la firma del documento; (iii) Como un título representativo de las mercancías que concede al consignatario el derecho a tomar posesión de las mismas en el lugar de destino o a disponer de ellas endosando el conocimiento y haciendo entrega de él<sup>23</sup>.

**30.** La aplicación de la norma de conflicto prevista en el artículo 10.1 del Código Civil, relativa a la propiedad y posesión de las cosas muebles, tiene su sentido si asimilamos el conocimiento de embarque al apartado (iii). Algo que sería perfectamente factible si la controversia versara sobre algún punto relativo a la toma de posesión de las mercancías. Sin embargo, en el asunto de autos el conflicto entre las partes deriva, en la modesta opinión de quien firma este artículo, de la concepción del conocimiento de embarque como prueba la existencia de un contrato de transporte, cuyas condiciones figuraban en dorso del mismo. Por lo tanto, debería ser de aplicación la norma de conflicto relativa a las obligaciones contractuales y, en concreto, el artículo 5 del Reglamento CE 593/2008<sup>24</sup> cuyo tenor literal dispone que será aplicable la ley elegida por las partes, esto es, el Derecho inglés.

**31.** Es cierto que LA HORMIGA NARANJA hubiera podido sustraerse a la aplicación de la ley inglesa esgrimiendo que no había prestado su conformidad con la misma. Si eso fuera así, el artículo 10 del Reglamento Roma I dispone que *“La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos. (...) para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado anterior”*. Desde un punto de vista técnico jurídico, considero que para justificar la nulidad del acuerdo de elección de foro, habría sido más adecuado sustentar la aplicación de la LNM a través de este párrafo segundo del artículo 10 del Reglamento Roma I. Desde luego parece mucho más acertado que las piruetas jurídicas que realiza la resolución analizada con la aplicación de las normas de conflicto relativas a la propiedad y posesión de bienes muebles, o relativas a títulos valores.

**32.** Sin embargo, teniendo en cuenta el circuito documental que sigue el conocimiento de embarque, en este caso seguimos pensando que no parece adecuado sostener que el demandante no prestó su consentimiento al acuerdo de sumisión a los tribunales ingleses. Piénsese que el conocimiento de embarque es enviado por el cargador al comprador o consignatario para que éste o su agente de aduanas puedan retirar las mercancías. Y que si éste muestra su conformidad con el contenido del mismo, consiente igualmente el acuerdo de elección de ley plasmado en el reverso del mismo. Por otro lado, en el asunto de autos el consignatario manifiesta expresamente haber tenido relaciones contractuales previas con MSC y declara conocer sus condiciones generales, entre las que se encuentra el acuerdo de elección de foro y el acuerdo de elección de ley. En definitiva, la ley aplicable para saber si el consignatario se había o no subrogado en la posición del cargador debiera haber sido el Derecho inglés, y una solución contraria a ello sólo pone en evidencia la intención clara y manifiesta de aplicar la LNM a un asunto que sin lugar a dudas está fuera de su ámbito de aplicación<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *Conocimiento de embarque*, Informe de la secretaría de la UNCTAD, Naciones Unidas, Nueva York 1971, p. 5.

<sup>24</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE* L 177, de 4 julio 2008.

<sup>25</sup> En todo caso, un interesante y actual estudio sobre la forma en la que nuestras audiencias provinciales están articulando la coexistencia de los artículos 25 RBI bis y 468 LNM, lo podemos encontrar en U. BELINTXON. MARTÍN, “Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, Vol. 12, N° 2, pp. 112-135.

## VII. Conclusiones

**33.** El TJUE se ha basado en la noción de los usos y prácticas comerciales marítimas para iniciar un proceso hacia la flexibilización interpretativa de las cláusulas de elección de foro utilizadas frecuentemente en los litigios de naturaleza marítima. En este sentido, el Derecho marítimo internacional se ha caracterizado por el protagonismo que tradicionalmente han tenido estos usos y prácticas en el tráfico marítimo internacional.

**34.** No obstante, la plena aceptación de estos usos como una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes y su articulación como foro de competencia judicial internacional debe ser matizada, para atender y proteger los respectivos intereses en presencia. Así pues, parece necesario indagar en la capacidad de discernimiento y en la libertad de las partes (incluidos los terceros inicialmente no signatarios del conocimiento de embarque) al pactar tales cláusulas de elección de foro en favor de determinados órganos judiciales. De lo contrario, estos terceros podrían ver vulnerados sus intereses al verse obligados a litigar en un país cuya jurisdicción difícilmente podían haber conocido previamente y, por lo tanto, difícilmente podían haber aceptado.

**35.** Esta necesidad de articular correctamente el equilibrio entre la autonomía de la voluntad basada en los usos y costumbre existentes en el tráfico marítimo internacional y la adecuada protección de los intereses de las partes en presencia (en nuestro caso el consignatario), obliga a analizar caso por caso la validez de los acuerdos de sumisión basados en los usos y costumbres, y en todo caso desde una perspectiva objetiva que atienda al proceso objetivo de formación de esa autonomía de la voluntad.

**36.** Un análisis desde la perspectiva del imperialismo jurídico haría que, como sucede con la resolución analizada, se incurra en errores palmarios que suponen una merma de la seguridad jurídica necesaria en el tráfico internacional o la posibilidad de alcanzar resoluciones claudicantes.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE UNA DEMANDA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN EXTRANJERA SOBRE ALIMENTOS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TJUE 4 DE JUNIO DE 2020, FX C. GZ, C-41/19

JURISDICTION TO RULE ON AN APPLICATION OPPOSING ENFORCEMENT OF A FOREIGN MAINTENANCE DECISION: PURPOSE TO THE CJEU JUDGEMENT OF 4TH JUNE 2020, FX C. GZ, C-41/19

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 20/12/2020 / Aceptado:

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5990>

**Resumen:** La Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2020, FX c. GZ, C-41/19, resuelve la cuestión de si la demanda de oposición a la ejecución de una resolución extranjera en materia de alimentos, por parte del deudor de dichos alimentos, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009. Pues bien, en primer lugar, el TJUE tiene que decidir si se trata de un asunto que se encuentra del capítulo II del Reglamento 4/2009, que regula la competencia judicial internacional; o, se incluye dentro del capítulo IV, con lo cual serían de aplicación al litigio las normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones; o bien se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009 y pudiera ser de aplicación el Reglamento 1215/2012.

En segundo lugar, el TJUE ha de resolver la competencia para conocer de una demanda de oposición a la ejecución por parte del deudor de alimentos, cuando el motivo en el que se basa dicha demanda de oposición a la ejecución es la liquidación de la deuda.

**Palabras clave:** Reglamento 4/2009, competencia, demanda de oposición a la ejecución, alimentos, liquidación de deuda.

**Abstract:** The CJEU Judgement of 4th June 2020, FX c. GZ, C-41/19, resolves the question of whether the application opposing enforcement of a foreign maintenance decision by the debtor of said maintenance obligation, is within the scope of Regulation 4/2009. Well, first of all, the CJEU has to decide whether it is a matter that falls under chapter II of Regulation 4/2009, which regulates jurisdiction; or, it is included in chapter IV, with which the rules on recognition and enforcement of decisions would be applicable to the litigation; or it is excluded from the scope of Regulation 4/2009 and Regulation 1215/2012 could be applicable.

Second, the CJEU has to resolve the jurisdiction to rule on an application opposing enforcement by the maintenance debtor, when the reason on which said of a foreign maintenance decision is based is the discharge of the debt.

**Keywords:** Regulation 4/2009, jurisdiction, application opposing enforcement, maintenance obligation, discharge of the debt

**Sumario:** I. Introducción de la STJUE 4 junio 2020, *FX c. GZ*, C-41/19: 1. Hechos. 2. Cuestión prejudicial. II. Competencia para conocer de una demanda de oposición a la ejecución realizada contra una resolución de alimentos extranjera. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009. 2. Tribunales competentes en relación a una demanda de oposición a la ejecución basada en la liquidación de la deuda de alimentos (art. 41.1 Reglamento 4/2009). III. Conclusiones.

## Introducción de la STJUE 4 junio 2020, *fx c. Gz*, c-41/19<sup>1</sup>

1. La STJUE 4 junio 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 ha sido dictada como respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Amtsgericht Köln -Tribunal de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania-, en el marco de un litigio en relación con una demanda de oposición a la ejecución de una resolución de alimentos polaca. En dicha controversia, el demandante es FX, deudor de alimentos, con domicilio en Alemania; mientras que la demandada es GZ, acreedora de alimentos e hija del demandante, con domicilio en Polonia.

La cuestión prejudicial se plantea con el fin de determinar si la citada demanda de oposición a la ejecución de una resolución de alimentos, por parte del deudor de dichos alimentos, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) núm. 4/2009, sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de alimentos; en adelante Reglamento 4/2009<sup>2</sup>. Si la respuesta fuese negativa, habría que plantearse la cuestión de si dicha demanda del deudor de alimentos podría estar dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, en relación a la competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; que será denominado en adelante Reglamento 1215/2012<sup>3</sup>.

### 1. Hechos

2. El demandante en el presente asunto reside en Alemania; mientras que la demandada es una hija a cargo, representada por su madre, que reside en Polonia.

Mediante resolución de 26 de mayo de 2009, la demandada obtuvo de los tribunales polacos una resolución que declaraba la obligación alimenticia de su padre (el demandante), residente en Alemania<sup>4</sup>. Tras conseguir, mediante auto de 27 de julio de 2016, que se declarase la fuerza ejecutiva de la resolución polaca en materia de alimentos en Alemania, la demandada solicitó la ejecución de dicha resolución en este último Estado miembro<sup>5</sup>.

Sin embargo, mediante solicitud presentada el 5 de abril de 2018 ante el órgano jurisdiccional alemán, el demandante se opone a la ejecución de la resolución, alegando que ya ha cumplido en su mayor parte sus obligaciones de pago. Afirma que él mismo ha efectuado pagos de alimentos y que la demandada ha percibido, además, asignaciones públicas a través del fondo de prestación de alimentos polaco en su nombre, dentro del límite de su capacidad económica<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425).

<sup>2</sup> Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 (DO núm. L 7, 10 enero 2009), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

<sup>3</sup> Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (DO núm. L 351, 20 diciembre 2012), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>4</sup> El demandante fue condenado a abonar a su hija una pensión alimentaria de 500,00 eslotis polacos (PLN) mensuales a partir del 1 de septiembre de 2008 y, retroactivamente, un importe de 430,00 PLN mensuales para el período comprendido entre el 19 de junio de 2008 y el 31 de agosto de 2008 (Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 19).

<sup>5</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 21.

<sup>6</sup> El demandante señala concretamente que entre 2008 y 2010 inclusive, abonó en concepto de alimentos un total de 6640,05 PLN y, además, desde diciembre de 2010, la demandada ha percibido asignaciones públicas por una cantidad de

3. Para el tribunal alemán, que conoce del asunto, la demanda de oposición a la ejecución es un asunto en materia de alimentos conforme al Reglamento 4/2009, aunque no tiene competencia para conocer del asunto en virtud de los foros generales de competencia de su art. 3<sup>7</sup>. En su opinión, son los tribunales polacos, los que estarían en mejor situación de comprobar las alegaciones del demandante, en virtud de los foros recogidos en los arts. 3.a) y 3.b) del Reglamento 4/2009<sup>8</sup>.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional alemán considera que no puede declararse de oficio incompetente en virtud del art. 10, porque la demanda de oposición a la ejecución no se menciona expresamente ni en el Reglamento 4/2009, ni en el Reglamento 1215/2012; mientras que la acción de modificación de una resolución judicial, sí que se contempla en el art. 8 del Reglamento 4/2009<sup>9</sup>. Por eso plantea como primera cuestión prejudicial si dicha demanda de oposición a la ejecución estaría dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009.

En el supuesto de que el Tribunal de Justicia responda negativamente a dicha cuestión, con su segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional alemán desea saber, si su competencia se puede fundamentar en el art. 24.5 del Reglamento 1215/2012, que recoge la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de ejecución, por tratarse de un procedimiento en materia de ejecución de resoluciones judiciales<sup>10</sup>. Si bien, en virtud del art. 1.2.e) del Reglamento 1215/2012, este no es de aplicación a las obligaciones de alimentos.

## 2. Cuestión prejudicial

4. Como consecuencia de los hechos relacionados, el Amtsgericht Köln -Tribunal de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania- decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales<sup>11</sup>.

De forma acertada, el Abogado General, Sr. M. Bobek, considera que la aplicabilidad del Reglamento 4/2009 no implica que el órgano jurisdiccional alemán sea incompetente. Por lo que es preciso aclarar, en primer lugar, si el Reglamento 4/2009 es aplicable en la fase de ejecución de las resoluciones en materia de alimentos, lo cual parece descartar el tribunal alemán. Después de llegar a la conclusión de que el Reglamento 4/2009 es aplicable en la fase de ejecución, y de que es consustancial al sistema de dicho Reglamento que la competencia corresponda a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución, se analizará la cuestión concreta, esto es la competencia para conocer de una demanda de oposición a la ejecución basada en la liquidación de la deuda<sup>12</sup>.

5. En definitiva, dichas cuestiones prejudiciales versan sobre la citada demanda de oposición a la ejecución, basada en la liquidación de la deuda y presentada por el demandante ante los órganos jurisdiccionales alemanes. Así pues, la cuestión fundamental que se plantea puede resumirse en una, que

---

500 PLN mensuales a través del fondo de prestación de alimentos polaco. El demandante afirma que el fondo de prestación de alimentos está en contacto con él y que ha devuelto los importes abonados por dicho fondo a la demandada, siempre teniendo en cuenta su capacidad económica (Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ, C-41/19* (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 22).

<sup>7</sup> Para un análisis de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento 4/2009 *vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derechos de alimentos, Aspectos internacionales y transformterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 47-66; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2221-2230.

<sup>8</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ, C-41/19* (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 28.

<sup>9</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ, C-41/19* (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 23.

<sup>10</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ, C-41/19* (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 28.

<sup>11</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ, C-41/19* (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 29.

<sup>12</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ, C-41/19* (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 30.

no es otra que, si los órganos jurisdiccionales alemanes son competentes para conocer de dicha demanda en virtud del Reglamento 4/2009<sup>13</sup>.

## II. Competencia para conocer de una demanda de oposición a la ejecución realizada contra una resolución de alimentos extranjera

6. Como ya se ha adelantado, para determinar la competencia en relación con una demanda de oposición a la ejecución realizada por el deudor de alimentos -frente a la ejecución de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen y mediante la que se ha declarado la existencia de dicho crédito- se procederá a analizar en primer lugar, el ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009.

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que la fase de ejecución de los alimentos entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, en segundo lugar, se pretende determinar si dicha demanda de oposición forma parte de los procedimientos de ejecución y, por tanto, está comprendida también en el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución.

### 1. Ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009

7. De forma acertada en la sentencia se concluye que en virtud de los Considerandos (10) y (11) y los arts. 1.1 y 2 del Reglamento 4/2009, dicho instrumento constituye un instrumento de la Unión Europea que agrupa las disposiciones sobre los conflictos de jurisdicción, los conflictos de leyes, el reconocimiento y la fuerza ejecutiva y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad<sup>14</sup>.

El legislador europeo quiso sustituir las disposiciones en materia de obligaciones de alimentos recogidas en el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y predecesor del Reglamento 1215/2012, mediante disposiciones que, dada la especial urgencia en el pago de las deudas alimenticias, simplificaran el procedimiento ante el juez que sustancia la ejecución y lo hicieran más rápido<sup>15</sup>. Por lo que el Reglamento 4/2009 contiene un capítulo IV, bajo el título “Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones”, que regula precisamente la ejecución de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en materia de obligaciones de alimentos<sup>16</sup>.

En este sentido, el Reglamento 4/2009 constituye una *lex specialis* en materia de alimentos en lo que respecta a los tres sectores del Derecho internacional privado<sup>17</sup>. Esto también lo confirma el art. 1.2.e) y el Considerando (10) del Reglamento 1215/2012 que excluyen de su ámbito de aplicación material las obligaciones de alimentos<sup>18</sup>.

8. Esta primera conclusión de la sentencia objeto de análisis parece obvia, pues al tratarse de un litigio en materia de alimentos, es lógico deducir que para su resolución se aplique el Reglamento 4/2009. Sin embargo, si se tienen en cuenta los diferentes argumentos de las distintas partes, que recoge en sus Conclusiones el Abogado General para fundamentar dicha aseveración, no se trata de una

<sup>13</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 2.

<sup>14</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 31.

<sup>15</sup> Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (DO núm. L 12, 16 enero 2001), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Vid.* STJUE 9 de febrero de 2017, *M.S. C. P.S.*, C-283/16, (ECLI:EU:C:2017:104), apartado 32.

<sup>16</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 32.

<sup>17</sup> *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *Derechos de alimentos. Aspectos internacionales y transfornterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 23; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2216.

<sup>18</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 33.

cuestión baladí, ya que el litigio que ha dado lugar a esta sentencia es una demanda de oposición a la ejecución realizada contra una resolución de alimentos extranjera, la cual no es sencilla de calificar. Pues bien, antes de llegar a esta conclusión tanto por el Abogado General, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las hipótesis que se plantearon fueron tres, que se pasan a detallar.

**9. La demanda de oposición a la ejecución de una sentencia de alimentos es considerada una demanda en materia de alimentos, siendo de aplicación los arts. 3 y 4 del Reglamento 4/2009.** Esta es la posición defendida por el Gobierno portugués, el tribunal alemán que conoce del asunto y la demandada. En su opinión como consecuencia de la finalidad tuitiva del Reglamento 4/2009 en relación con los acreedores de alimentos, son de aplicación los foros de competencia judicial del Reglamento 4/2009<sup>19</sup>.

Dicho órgano jurisdiccional señala que una parte de la doctrina alemana considera que la demanda de oposición a la ejecución prevista en el art. 767 de la ZPO debe calificarse de acción en materia de obligaciones de alimentos, en el sentido del Reglamento 4/2009<sup>20</sup>. Además, como la demanda de oposición a la ejecución equivale, funcionalmente, a una acción de reducción de la deuda alimenticia objeto del título ejecutivo, es considerada una acción de modificación, que tal y como señala el art. 8 del Reglamento 4/2009, está sujeta a los criterios en materia de competencia. Si bien, se debe matizar que en virtud del art. 8.1, los tribunales competentes serían los polacos para realizar dicha modificación de sentencia, porque el acreedor de alimentos sigue residiendo en Polonia. Al no haber cambiado de residencia habitual el acreedor de alimentos, no es posible que se activen los foros de competencia, tal y como pretende el tribunal alemán al afirmar que los tribunales polacos estarían en mejor situación de comprobar las alegaciones del demandante, en virtud de los foros recogidos en los arts. 3.a) y 3.b) del Reglamento 4/2009<sup>21</sup>. En base a estas dos afirmaciones contradictorias del tribunal alemán, cabe preguntarse si éste considera que la demanda de oposición a la ejecución contra una resolución de alimentos extranjera debe ser calificada como una acción de modificación de alimentos o no.

En cualquier caso, con independencia de los matices señalados, para el tribunal alemán esta es la única postura compatible con el objetivo perseguido por el Reglamento, que no es otro que el de garantizar que el acreedor de alimentos esté protegido y en una posición privilegiada desde el punto de vista de las reglas de competencia. Todo ello con el fin último de que dicho acreedor no tenga que defenderse, ante los tribunales del Estado miembro de ejecución de la deuda, frente a una demanda de oposición a la ejecución que, en su opinión, tiene por objeto excepciones de fondo referidas a dicha deuda<sup>22</sup>.

Por lo tanto, el tribunal alemán que conoce del asunto considera que en virtud del Reglamento 4/2009 no es competente para conocer del asunto, porque carece de foro de competencia judicial internacional.

**10. La demanda de oposición a la ejecución no forma parte de las acciones en materia de obligaciones de alimentos, en el sentido del Reglamento 4/2009.** Esta posición es la adoptada por el Gobierno polaco, que señala que el Reglamento 4/2009 no regula la competencia en la fase de ejecución. Como los derechos y obligaciones reconocidos en la resolución en materia de alimentos no resultan afectados, la demanda de oposición a la ejecución no versa sobre materia de alimentos y, por tanto, se rige por el art. 24.5 del Reglamento 1215/2012<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 35.

<sup>20</sup> El art. 767 de la Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil), en su versión aplicable al litigio principal (BGBl. 2007 I, p. 1781; en lo sucesivo, ZPO), recoge la “Demanda de oposición a la ejecución” (STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 15)

<sup>21</sup> *Vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 28. Para un mayor análisis del art. 8 del Reglamento 4/2009 *vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derechos de alimentos, Aspectos internacionales y transformaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 64-66; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2230.

<sup>22</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 25.

<sup>23</sup> Se debe aclarar que, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, el Gobierno polaco cambió su postura en relación con la norma aplicable *ratione temporis* y que la disposición que sería de aplicación sería el art. 22.5 del Re-

En esta misma línea interpretativa, la doctrina dominante en Alemania –contraria a la primera tesis seguida por el órgano jurisdiccional alemán que conoce de asunto– considera que la demanda de oposición a la ejecución no forma parte de las acciones en materia de obligaciones de alimentos, en el sentido del Reglamento 4/2009, debido a que el objetivo de la protección jurídica solicitada se refiere sólo a la ejecución de la deuda, mientras que la existencia del título original no se ve modificada. El legislador alemán considera que los tribunales del Estado miembro de ejecución de una deuda alimenticia son competentes para conocer de dicha demanda de oposición a la ejecución, tal y como contempla el art. 767 de la ZPO, en la que el deudor puede formular excepciones relativas a la propia deuda<sup>24</sup>. Por esa razón, en el caso de que esta postura de parte de la doctrina alemana fuese la correcta, el tribunal alemán plantea la segunda cuestión prejudicial relativa a si la demanda de oposición a la ejecución puede ser considerada un “procedimiento en materia de ejecución de resoluciones judiciales”, en el sentido del art. 24.5 del Reglamento 1215/2012, tal y como afirma el Gobierno polaco<sup>25</sup>.

Del planteamiento de esta segunda cuestión prejudicial podría parecer que el tribunal alemán no sabe a qué norma acogerse de los distintos instrumentos internacionales vigentes, para declararse competentes, porque existe una disposición de su normativa de producción interna, el art. 767 de la ZPO, contempla específicamente la demanda de oposición a la ejecución, en la que el deudor puede plantear excepciones en relación a la deuda. El motivo es que de las explicaciones que contiene el proyecto de la AUG (Ley sobre el Cobro Internacional de Pensiones Alimenticias de Alemania), en relación con su art. 66, se deduce que el legislador alemán recurrió al art. 22.5 del Reglamento 44/2001 como disposición supletoria con respecto a la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos, pues dicho instrumento internacional no contiene la exclusión que sí contempla el Reglamento 1215/2012. Sin embargo, en este litigio no se cumple el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001, por lo que no se puede acudir su art. 22.5, ni siquiera con carácter supletorio<sup>26</sup>.

**11. La demanda de oposición a la ejecución entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, pero en virtud del art. 41.1.** Dicha postura es la que siguen el Gobierno alemán y la Comisión, que consideran que, en contra de la posición del órgano jurisdiccional alemán, ello no implica la falta de competencia de dicho tribunal, sino más bien todo lo contrario, que este sí es competente para conocer del asunto, pues se trata de la ejecución de una resolución de alimentos. Añaden además, que bajo esta hipótesis, ni el Reglamento 1215/2012, ni el Reglamento 44/2001 son aplicables a este litigio<sup>27</sup>.

Esta posición, que también es la adoptada por el demandante, es la que en opinión del Abogado General es la acertada. En resumen, sólo es aplicable a dicha demanda de oposición a la ejecución el Reglamento 4/2009, pero esto no implica que el órgano jurisdiccional alemán ante el que se presenta la demanda, no sea competente<sup>28</sup>.

**12.** Efectivamente, esta última interpretación es la que tiene una base más sólida y más coherente con los objetivos del Reglamento 4/2009. Y así se recoge en la sentencia del Tribunal de Justicia, que señala que está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, un litigio que se

---

glamento 44/2001 (Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 36).

<sup>24</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 26.

<sup>25</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 27.

<sup>26</sup> De acuerdo con el art. 75.2 del Reglamento 4/2009: “el [Reglamento n.º 44/2001] seguirá siendo de aplicación a los procedimientos de reconocimiento y ejecución que estén en curso en la fecha de aplicación del presente Reglamento”. Dicha fecha es, de conformidad con el art. 76 del Reglamento 4/2009, el 18 de junio de 2011. El procedimiento de reconocimiento y ejecución del asunto en cuestión no estaba en curso en dicha fecha, pues se inició el 27 de julio de 2016, en un momento en que también habría sido aplicable *ratione temporis* el Reglamento 1215/2012 -pues, con arreglo a su art. 81, está en vigor desde el 10 de enero de 2015-. Sobre el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 1215/2012 *vid.*, STJUE 9 de marzo de 2017, *Pula Parking*, C-551/15, (ECLI:EU:C:2017:193), apartados 25-28. *Vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), nota a pie (12).

<sup>27</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 37.

<sup>28</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 38.

inicia ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro (el Estado miembro de ejecución), que tiene por objeto la ejecución de una resolución, declarada ejecutiva en dicho Estado miembro y dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (el Estado miembro de origen), en materia de obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar<sup>29</sup>. Si bien este asunto estaría incluido en el ámbito del capítulo IV del Reglamento 4/2009, que recoge normas específicas dedicadas al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos. Con lo cual, no son de aplicación las normas de competencia de su capítulo II<sup>30</sup>.

Para el Tribunal de Justicia aunque el capítulo IV del Reglamento no contenga ninguna norma de competencia específica en relación a la ejecución, se puede afirmar que un norma de ese tipo es inherente al sistema de dicho Reglamento<sup>31</sup>. En general, la competencia internacional para la ejecución les corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se solicita la ejecución<sup>32</sup>.

Para la Comisión, el hecho de que el Reglamento 1215/2012 contenga una norma expresa para la ejecución, mientras que el Reglamento 4/2009 no la contempla, es debido a la estructura del Reglamento 1215/2012, que establece varios criterios de competencia exclusiva<sup>33</sup>. Sin embargo, el Reglamento 4/2009 no crea ninguna competencia exclusiva. Siguiendo esta línea argumental, el Abogado General se pregunta: “¿A qué otra jurisdicción habría de corresponderle la competencia para la ejecución, si no es al Estado miembro donde esta se solicita?”<sup>34</sup>. Además, la aplicación supletoria del Reglamento 1215/2012 en este caso resultaría bastante complicada, porque las obligaciones de alimentos están expresamente excluidas de su ámbito de aplicación; por no mencionar que su aplicación supletoria no aporta ningún valor añadido<sup>35</sup>.

Por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009 se encuentra una demanda de oposición a la ejecución de una resolución extranjera sobre alimentos, pues en virtud del art. 41.1 del mismo se establece que: “a reserva de lo dispuesto en el presente Reglamento, el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución”. Además, añade el precepto, “las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de ejecución serán ejecutadas en este en las mismas condiciones que si se hubieran dictado en dicho Estado miembro de ejecución”. Esta disposición no tendría sentido si no le correspondiese a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se solicita la ejecución, la competencia para dicha ejecución<sup>36</sup>.

A continuación, se debe resolver la cuestión de si la demanda de oposición a la ejecución basada, concretamente, en la liquidación de la deuda forma parte de los procedimientos de ejecución y, por consiguiente, son competentes para conocer del asunto los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución, es decir, los tribunales alemanes<sup>37</sup>.

---

<sup>29</sup> Para un mayor análisis del ámbito de aplicación material del Reglamento 4/2009 *vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derechos de alimentos, Aspectos internacionales y transformaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 25-35; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2218-2220. *Vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartados 39 y 40; STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 34.

<sup>30</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 42.

<sup>31</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 43.

<sup>32</sup> Para una fundamentación más detallada de este argumento realizada por el Gobierno polaco *vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 44.

<sup>33</sup> El art. 24.5 del Reglamento 1215/2012 señala expresamente que: “en materia de ejecución de las resoluciones judiciales, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de ejecución”.

<sup>34</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 47.

<sup>35</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 46.

<sup>36</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 48.

<sup>37</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 49.

## 2. Tribunales competentes en relación a una demanda de oposición a la ejecución basada en la liquidación de la deuda de alimentos (art. 41.1 Reglamento 4/2009)

13. La demanda de oposición a la ejecución en este litigio se basa en la alegación del demandante de que la deuda declarada en la resolución en materia de alimentos ya ha sido liquidada, al menos en su mayor parte. Por un lado, el demandante ya ha pagado parte del importe adeudado directamente a la demandada. Por otro lado, el Fondo de Prestación de Alimentos polaco ha pagado parte de la deuda en nombre del demandante, aunque el deudor ha reembolsado dichos importes en la medida de su capacidad económica. Según el demandante, el litigio se produce porque la demandada no reconoce que el importe pagado por el Fondo de Prestación de Alimentos polaco se corresponda con la deuda del demandante<sup>38</sup>.

La cuestión fundamental que se plantea es si una demanda de oposición a la ejecución basada en la liquidación de la deuda debe considerarse, a efectos de competencia, comprendida entre los procedimientos de ejecución<sup>39</sup>. Tras analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Convenio de Bruselas y el Reglamento 44/2001, el Abogado General considera que las mismas líneas argumentales seguidas por dicho Tribunal son válidas con respecto a las demandas de oposición a la ejecución en el ámbito del Reglamento 4/2009<sup>40</sup>. Aunque la intervención del Fondo de Prestación de Alimentos polaco en el pago de la deuda ha añadido algo de complejidad al asunto, de dicho análisis se desprende que básicamente se deben cumplir dos requisitos para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución gocen de competencia<sup>41</sup>. En primer lugar, y el más importante, que ese tipo de demanda esté intrínsecamente vinculada a la ejecución. En segundo lugar, que no se invoque ningún motivo que hubiese podido ser formulado ante los órganos jurisdiccionales polacos durante el procedimiento que finalizó con la resolución en materia de alimentos; ni tampoco, ningún motivo de denegación o revocación del otorgamiento de ejecución ante los órganos jurisdiccionales alemanes.

14. ***Demanda estrechamente vinculada a la ejecución.*** El Tribunal de Justicia ya declaró en otro litigio que la demanda de oposición a la ejecución prevista en el artículo 767 de la *ZPO* mantiene un estrecho vínculo con el procedimiento de ejecución<sup>42</sup>. Por lo tanto, cuando una demanda de oposición tiene relación con una demanda de ejecución de una resolución en materia de obligaciones de alimentos, está comprendida, al igual que esta última, en el ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009<sup>43</sup>.

Efectivamente, tal y como ya se ha señalado, en el capítulo IV del Reglamento 4/2009 no se hace referencia expresamente a la competencia en la fase de ejecución, de forma que no se contempla concretamente la demanda de oposición a la ejecución basada en la liquidación de una deuda de alimentos. Sin embargo, de su art. 41.1 se desprende implícitamente que el conocimiento de una demanda que tenga un vínculo estrecho con el procedimiento de ejecución de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, es competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución, al igual que sucede con la propia demanda de ejecución de dicha resolución<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 73.

<sup>39</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 50.

<sup>40</sup> Convenio de Bruselas de 1968 (DO núm. L 299, 31 diciembre 1972), relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Para un análisis detallado de las líneas argumentales arriba mencionadas *vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartados 51-72.

<sup>41</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 50.

<sup>42</sup> Concretamente en la STJUE de 4 de julio de 1985, *AS-Autoteile Service*, 220/84, (ECLI:EU:C:1985:302), apartado 12. Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 52; STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 35.

<sup>43</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 35.

<sup>44</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartados 36-38. Tal y como sucede en otros instrumentos internacionales, que no incluyen expresamente normas sobre ejecución. Así, en el asunto *Hoffmann*, tras reconocer que el Convenio de Bruselas no contenía normas específicas sobre la ejecución, el Tribunal de Justicia declaró que “la ejecución de una resolución extranjera respecto a la cual se hayan realizado las formalidades necesarias para que sea ejecutiva

El TJUE señala al respecto que iría en contra de los objetivos de simplicidad y celeridad que persigue el Reglamento 4/2009 que, habiéndose presentado ante los tribunales del Estado miembro de ejecución una demanda de ejecución de una resolución declarada ejecutiva, estos tengan que declinar su competencia con respecto a una demanda de oposición a la ejecución, en favor del tribunal del Estado miembro de origen, porque en virtud del art. 3.b) del Reglamento 4/2009 -que recoge el foro de la residencia habitual del acreedor de alimentos-, es el más apropiado para garantizar la protección del acreedor de dichos alimentos<sup>45</sup>. El Tribunal de Justicia ya ha declarado en otros asuntos que la proximidad entre el órgano jurisdiccional competente y el acreedor de alimentos no es el único objetivo del Reglamento 4/2009<sup>46</sup>. En este sentido, el Reglamento también pretende garantizar una buena administración de justicia, no solamente desde el punto de vista de la optimización de la organización judicial, sino también desde la perspectiva del interés de ambas partes, que puedan tener un acceso simplificado a la justicia y unas reglas de competencia previsibles<sup>47</sup>. Además, la declinación de la competencia en favor de los tribunales del Estado miembro de origen no tendría como consecuencia facilitar al máximo el cobro de los créditos de alimentos internacionales -que es uno de sus objetivos prioritarios-; sino más bien todo lo contrario, pues alargaría y entorpecería excesivamente el procedimiento, lo que supondría un pérdida de tiempo y dinero considerables para ambas partes<sup>48</sup>.

Por lo tanto, una de las Conclusiones más importantes del Abogado General es que: *“aunque el objetivo de proteger al acreedor de alimentos como parte más débil está claramente reconocido por el Reglamento 4/2009, a mi parecer ello no debe llevar a abandonar uno de los principios básicos comunes a todos los instrumentos de cooperación civil: que las medidas relativas a la ejecución de las resoluciones le incumben al Estado miembro de ejecución”*<sup>49</sup>.

**15. Implicación en la demanda del Fondo de Prestación de Alimentos.** Como ya se ha mencionado, la demanda de oposición a la ejecución se basa en que el demandante ya ha pagado en gran parte la deuda alimenticia, incluso parte de ella a través del Fondo de Prestación de Alimentos. Para el Abogado General, la intervención del fondo de prestación de alimentos polaco podría ser la causa por la

---

*se practica de acuerdo con las normas de procedimiento del Derecho nacional del juez que conoce de la ejecución, incluidas las referentes a los recursos”*. Esta postura fue confirmada posteriormente por el TJUE en la sentencia *Prism Investments*, esta vez en relación con el Reglamento 44/2001, al afirmar que un motivo basado en el cumplimiento de la obligación *“puede estar sujeto al examen del órgano jurisdiccional de ejecución del Estado miembro requerido”*, pues, *“según reiterada jurisprudencia, una vez que una resolución queda integrada en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, las normas nacionales de este último Estado relativas a la ejecución se aplican de la misma manera que a las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales”*. Los límites a la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución con respecto a ciertas solicitudes de oposición a la ejecución han sido recientemente confirmados con respecto al Reglamento 1215/2012, en la sentencia *Reitbauer y otros*. El Tribunal de Justicia rechazó la pretensión del demandante -una declaración de que el crédito había dejado de existir al haberse compensado con un derecho del deudor- porque consideró que se excedía de las cuestiones relativas a la ejecución, por lo que, no presentaba el grado de proximidad necesario que justificase la aplicación de la norma de la competencia exclusiva del art. 24.5 del Reglamento 1215/2012 (Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartados 53-59). *Vid.* STJUE 4 de febrero de 1988, *Hoffmann*, 145/86, (ECLI:EU:C:1988:61), apartados 27 y 28); STJUE 13 de octubre de 2011, *Prism Investments*, C139/10 (ECLI:EU:C:2011:653), apartados 37 y 40; STJUE 10 julio 2019, *Reitbauer y otros*, C722/17, (ECLI:EU:C:2019:577), apartados 54-55.

<sup>45</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 39. Efectivamente con el objetivo específico del Reglamento 4/2009 de proteger al acreedor de alimentos como parte más débil, las normas de competencia que contiene están concebidas para facilitar la defensa de su crédito. *Vid.* STJUE 18 diciembre 2014, *Sanders y Huber*, C-400/13 y C-408/13 (ECLI:EU:C:2014:2461), apartados 26-28.

<sup>46</sup> STJUE 18 diciembre 2014, *Sanders y Huber*, C-400/13 y C-408/13 (ECLI:EU:C:2014:2461), apartado 40. *Vid.* STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 40.

<sup>47</sup> STJUE 18 diciembre 2014, *Sanders y Huber*, C-400/13 y C-408/13 (ECLI:EU:C:2014:2461), apartado 29. *Vid.* STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 40.

<sup>48</sup> STJUE 18 diciembre 2014, *Sanders y Huber*, C-400/13 y C-408/13 (ECLI:EU:C:2014:2461), apartado 41. *Vid.* STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 41.

<sup>49</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 64.

que el órgano jurisdiccional alemán había considerado que los órganos jurisdiccionales polacos estaban mejor situados para resolver sobre la liquidación de la deuda<sup>50</sup>.

Sin embargo, desde el punto de vista de la deuda a cargo del deudor de alimentos, la intervención del Fondo afecta únicamente a la forma en que se satisface la deuda, y no tiene incidencia alguna sobre el fondo de la resolución en materia de alimentos<sup>51</sup>. Si bien es cierto que, en los procedimientos transfronterizos en materia de alimentos, la implicación de los organismos públicos, como el Fondo de Prestación de Alimentos polaco, puede añadir cierta complejidad probatoria<sup>52</sup>.

Además, la liquidación de la deuda es uno de los motivos típicamente reconocidos en la fase de ejecución<sup>53</sup>. Por otra parte, el Considerando (30), frase 2ª, del Reglamento 4/2009 establece que la liquidación de una deuda por el deudor en el momento de la ejecución figura entre los motivos de denegación o suspensión de la ejecución previstos por el Derecho nacional que no son incompatibles con dicho Reglamento<sup>54</sup>.

Por lo tanto, la liquidación de la deuda, invocada por el deudor para fundamentar la demanda de oposición a la ejecución ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, cuando ya existe una resolución extranjera, no persigue ni modificar esa resolución o que se adopte una nueva resolución en ese último Estado miembro, en el sentido del art. 8 del Reglamento 4/2009; ni tampoco solicitar la revisión en cuanto al fondo de dicha resolución en ese Estado, en el sentido su art. 42<sup>55</sup>.

No obstante, aunque no parece ser el caso de la liquidación la deuda, no todos los motivos se pueden invocar en una demanda de oposición a la ejecución, sino que existen limitaciones con respecto a los motivos que se pueden alegar en la fase de ejecución.

**16. Limitaciones de los motivos utilizados en la demanda.** El Abogado General señala que no cabe formular ante los tribunales competentes para realizar la ejecución unos motivos que podrían haberse invocado por la vía de recurso contra la resolución de otorgamiento de ejecución; y con mayor razón, también quedan excluidos aquellos motivos que pudieran haberse invocado en el procedimiento inicial<sup>56</sup>.

En esta misma línea, el TJUE aclara que el art. 66 de la *AUG*, que es la disposición nacional aplicable, permite que el deudor de alimentos únicamente pueda formular objeciones basadas en cir-

<sup>50</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 79.

<sup>51</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 49. El Gobierno polaco señaló que el Fondo de Prestación de Alimentos polaco interviene por ley y actúa como deudor sustituto frente al acreedor: la deuda se extingue en cuanto a los importes pagados por el fondo en nombre del deudor de alimentos, y este debe reembolsar dichos importes directamente al fondo. Este sistema es coherente con la función de los organismos públicos, que con frecuencia pagan prestaciones a los acreedores de alimentos en lugar de los deudores, tal y como reconoce el artículo 64 del Reglamento 4/2009 (Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 80). Es cierto que sobre determinadas disposiciones del Reglamento 4/2009 existen dudas sobre su aplicación cuando interviene el Fondo de Prestación de Alimentos. Existe un debate sobre la cuestión de saber si el foro de la residencia habitual del acreedor de alimentos –el antiguo foro del art. 5.2 del Reglamento 44/2001 estaba pensado para proteger al acreedor de alimentos–, puede emplearse cuando el demandante no es el acreedor de alimentos, sino una institución pública que pide el reembolso de los alimentos a otras personas, normalmente al deudor que tenía que suministrar tales alimentos. La jurisprudencia del TJCE era contraria, si bien a partir de la aplicación del Reglamento 4/2009 la cuestión no es tan evidente, porque el art. 68.2 de dicho instrumento internacional podría permitir utilizar dicho foro a un organismo público que actúa en lugar de una persona física acreedora de los alimentos (E. CASTELLANOS RUIZ, *Derechos de alimentos, Aspectos internacionales y transfronterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 57-58; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2226).

<sup>52</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 50. Para conocer la solución propuesta por el Abogado General, en cuanto al problema probatorio, *vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 81.

<sup>53</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 78.

<sup>54</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 45. Para un análisis mayor del contexto dentro del Reglamento 4/2009 en el que figura dicho Considerando (30), párrafo 2º, *vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 82.

<sup>55</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 46.

<sup>56</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 60.

cunstancias que se hayan producido después de la adopción de la resolución de alimentos. Por lo tanto, tal disposición excluye que puedan presentarse para fundamentar válidamente la demanda de oposición a la ejecución circunstancias que hubieran podido ser invocadas por el deudor de alimentos ante el tribunal del Estado miembro de origen<sup>57</sup>. El Abogado General añade, por tanto, además que tiene que tratarse de motivos que no pudieron invocarse por la vía del recurso contra la resolución de otorgamiento de ejecución ante los órganos jurisdiccionales alemanes<sup>58</sup>. Dichos órganos sólo pueden denegar o revocar dicho otorgamiento por los motivos mencionados en el art. 24 del Reglamento 4/2009, entre los cuales no se menciona la liquidación de la deuda<sup>59</sup>.

**17.** De todo el análisis previo, tanto el Abogado General como el Tribunal de Justicia confirman que la liquidación de la deuda, que es el motivo en el que se basa la demanda de oposición a la ejecución, está estrechamente vinculado al procedimiento de ejecución y no puede considerarse una acción dirigida a modificar una resolución en materia de alimentos en el sentido del art. 8 del Reglamento 4/2009, ni tampoco a revisar el fondo de la resolución en el sentido del art. 42 de dicho Reglamento<sup>60</sup>. Si bien cuando haya un alto grado de vinculación de la demanda a la ejecución será bastante habitual que no se trate de una acción dirigida a modificar una resolución de alimentos, ni tampoco a revisar el fondo de la resolución. Por esta razón, el TJUE en su fallo únicamente menciona que para que un motivo pueda invocarse de forma válida en la fase de ejecución, tiene que estar estrechamente vinculado a la ejecución.

En efecto, el TJUE establece que la demanda de oposición a la ejecución basada en la liquidación de la deuda está estrechamente vinculada al procedimiento de ejecución, en la medida en que únicamente tiene por objeto impugnar la cantidad por la que todavía puede ejecutarse la resolución que otorga alimentos al acreedor. Para ello, se tendrán en cuenta las pruebas aportadas por el deudor con respecto a la liquidación de la deuda que alega, pruebas cuya admisibilidad y fundamento tiene que apreciar el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución<sup>61</sup>.

Además, dicho órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución tendrá en cuenta las limitaciones previstas en las disposiciones nacionales aplicables que garanticen que: los motivos que habrían podido invocarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, no puedan ser invocados posteriormente ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución; ni que se trate de ninguno de los motivos de denegación o revocación del otorgamiento de ejecución que podrían haberse alegado ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución y que están recogidos en el art. 24 del Reglamento<sup>62</sup>.

**18.** En definitiva, una demanda de oposición a la ejecución basada en la liquidación de la deuda respeta los límites que establecen el Reglamento 4/2009 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la norma general (art. 41.1), según la cual la competencia para conocer de acciones estrechamente vinculadas con la ejecución les corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se solicita la ejecución<sup>63</sup>.

Ahora bien, en la misma línea que el Abogado General, el Tribunal de Justicia concluye que, aunque es competencia de dicho tribunal proporcionar los elementos de interpretación del Reglamento 4/2009 que sean útiles para el órgano jurisdiccional alemán en relación con tal motivo de oposición,

<sup>57</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 48.

<sup>58</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 83.

<sup>59</sup> Art.1 Reglamento 4/2009.

<sup>60</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 75; STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 46.

<sup>61</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 47.

<sup>62</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 83; STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 48.

<sup>63</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 74; STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 42.

corresponde exclusivamente a este último órgano jurisdiccional apreciar los hechos y las pruebas presentadas por las partes en el litigio principal con las que sustentan sus pretensiones<sup>64</sup>.

### III. Conclusiones

19. El fallo de la sentencia afirma que está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, y más concretamente, en el de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución, una demanda de oposición a la ejecución por parte del deudor de alimentos contra una resolución de reclamación de alimentos, dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, siempre que dicha demanda esté estrechamente vinculada al procedimiento principal<sup>65</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con el art. 41.1 del Reglamento 4/2009 y las disposiciones del Derecho nacional pertinentes, corresponde al órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, pronunciarse sobre la admisibilidad y el fundamento de las pruebas aportadas por el deudor de alimentos para demostrar que ha pagado en gran parte su deuda<sup>66</sup>.

20. La primera cuestión a solucionar es si una demanda de oposición a la ejecución entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009. Precisamente porque no es una cuestión baladí, se plantean tres hipótesis.

En primer lugar, para el tribunal alemán, que es el que conoce del asunto, y para la demandada, la demanda de oposición a la ejecución es considerada una acción en materia de obligaciones de alimentos, por lo que como consecuencia de la finalidad tuitiva del Reglamento 4/2009 en relación con los acreedores de alimentos, son de aplicación los foros de competencia judicial del Reglamento 4/2009 a ese tipo de litigios.

En segundo lugar, el tribunal polaco y la doctrina dominante en Alemania consideran que la demanda de oposición a la ejecución no forma parte de las acciones en materia de obligaciones de alimentos, en el sentido del Reglamento 4/2009, debido a que el objetivo de la protección jurídica solicitada se refiere sólo a la ejecución de la deuda. Por esta razón, proponen la aplicación art. 24.5 del Reglamento 1215/2012, de forma que dicha demanda de oposición a la ejecución sea considerada un “procedimiento en materia de ejecución de resoluciones judiciales”. En consecuencia, cuando se trata de la ejecución de resoluciones judiciales, son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de ejecución.

Por último, la tercera propuesta realizada por el Gobierno alemán y la Comisión, es la que considera que la demanda de oposición a la ejecución de una resolución en materia de alimentos estaría dentro del ámbito del capítulo IV del Reglamento 4/2009, que recoge normas específicas dedicadas al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos. Con lo cual, no son de aplicación las normas de competencia de su capítulo II. Esta es la hipótesis más sólida y más coherente con los objetivos del Reglamento 4/2009. Para la Comisión, el hecho de que el Reglamento 4/2009 no contenga una norma expresa para la ejecución, mientras que el Reglamento 1215/2012 sí la contemple, es debido a la estructura de éste último, que establece varios criterios de competencia exclusiva. Además, no se debe olvidar que las obligaciones de alimentos están expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 44. El Abogado General hace concretamente dos puntualizaciones a su conclusión: 1ª) Que el análisis y la conclusión a la que llega se refieren exclusivamente al motivo de oposición basado en la liquidación de la deuda; 2ª) Que, más allá de este motivo concreto, no se hace valoración alguna sobre la compatibilidad general del artículo 767 de la *ZPO* con el Derecho de la Unión. (Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 85).

<sup>65</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 51.

<sup>66</sup> STJUE 4 de junio de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:425), apartado 51.

<sup>67</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 46.

Por lo tanto, la primera conclusión importante a la que se llega es que la demanda de oposición a la ejecución se encuentra dentro de los procedimientos de ejecución, por lo que está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, en virtud de su art. 41.1.

**21.** Se debe puntualizar que es bastante común que los tribunales de los Estados miembros planteen cuestiones prejudiciales, como las del litigio que nos ocupa, cuando el concepto no aparece expresamente en las normas de los instrumentos internacionales; pero que, sin embargo, ya sólo de la denominación de dicho instrumento, se puede deducir que el asunto entra dentro de su ámbito de aplicación.

Este ha sido por ejemplo el caso del asunto *Vincent Pierre Oberle*, en el que se planteaba un litigio en materia de sucesiones<sup>68</sup>. Pues bien, la cuestión surge porque en el Reglamento 650/2012 en materia sucesoria no existe una norma específica que regule la competencia en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales<sup>69</sup>. Sin embargo, dicho instrumento internacional sí que contempla una regulación específica relativa a la competencia en materia de expedición de certificados sucesorios europeos (art. 64 Reglamento 650/2012). Pues bien, ante la “aparente laguna legal” en relación con los certificados sucesorios nacionales, se debe determinar, si dentro del concepto de “*totalidad de la sucesión*” -que indica el ámbito de aplicación del Reglamento-, se encuentran dichos certificados. Pues bien, el Tribunal de Justicia determina que los certificados sucesorios nacionales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012, pues considera que se encuentran dentro del concepto de “*totalidad de la sucesión*”<sup>70</sup>.

Pues en el litigio que nos ocupa también se plantea la cuestión de si entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009 una demanda de oposición a la ejecución de una resolución en materia de obligaciones de alimentos. La duda surge a pesar de que dicho instrumento internacional regula no sólo la competencia judicial internacional y la ley aplicable, sino el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de alimentos; si bien el hecho de que uno de los objetivos del Reglamento fuera la protección del acreedor de alimentos, lleva a la paradoja de que los tribunales alemanes plantearan una cuestión prejudicial de este tipo. Pues bien, como no podía ser de otra manera, la respuesta ha sido que una demanda de oposición a la ejecución de una resolución en materia de alimentos se encuentra dentro de los procedimientos de ejecución, por lo que está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009.

Lo más inverosímil es que se plantee una cuestión prejudicial en relación a un aspecto que el propio instrumento internacional excluye expresamente de su ámbito de aplicación, como ha sucedido en el presente asunto, con el Reglamento 1215/2012. Pues bien, aunque el Reglamento 1215/2012, en su art. 1.2.e), excluye de las materias objeto de su regulación a las obligaciones de alimentos, el tribunal alemán plantea dudas en relación a este extremo. Si bien como ya se ha comentado, se debió a un error en la *ratione temporis* del Reglamento 1215/2012, y en realidad el tribunal alemán planteaba la aplicación supletoria del Reglamento 44/2001, tal y como lo establecían sus normas de producción interna. En cualquier caso, como ya se ha comentado, el Tribunal de Justicia ha aclarado este punto y ha reiterado que el Reglamento 1215/2012 excluye de su ámbito de aplicación los litigios en materia de alimentos.

**22.** Otro aspecto relevante a destacar es que tal y como señala el Abogado General, la conclusión de que según la cual los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se solicita la ejecución, en principio, deben ser competentes para conocer de las demandas de oposición a la ejecución está respetando las garantías jurisdiccionales específicas que ofrece el Reglamento 4/2009; eso sí, siempre que se tenga en cuenta de las limitaciones ya establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento 44/2001 y el Reglamento 1215/2012<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17 (ECLI:EU:C:2018:485).

<sup>69</sup> Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 (DOUE núm. L 201, 27 julio 2012), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

<sup>70</sup> *Vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: A propósito de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 473-511.

<sup>71</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Bobek, presentadas el 27 de febrero de 2020, *FX c. GZ*, C-41/19 (ECLI:EU:C:2020:132), apartado 66.

En primer lugar, la vinculación de la demanda de oposición a la ejecución es el aspecto más importante a tener en cuenta, de forma que, la liquidación de la deuda está conectada en gran medida con la ejecución, pues únicamente tiene por objeto impugnar la cantidad por la que aún puede ejecutarse la resolución que otorga alimentos al acreedor. Por lo tanto, la liquidación de la deuda no persigue ni modificar esa resolución o que se adopte una nueva resolución en el Estado miembro de ejecución, en el sentido del art. 8 del Reglamento 4/2009; ni tampoco solicitar la revisión en cuanto al fondo de dicha resolución en ese Estado, en el sentido su art. 42.

Además, el hecho de que intervenga el Fondo de Prestación de Alimentos no tiene ninguna incidencia sobre el fondo de la resolución en materia de alimentos, sino que afecta únicamente a la forma en que se satisface la deuda y que puede añadir cierta complejidad probatoria.

**23.** Además, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución tendrán en cuenta las limitaciones previstas en las disposiciones nacionales aplicables, en virtud de las cuales, no cabe formular ante dichos tribunales unos motivos que podrían haberse invocado por la vía de recurso contra la resolución de otorgamiento de ejecución; y con mayor razón, también quedan excluidos aquellos motivos que pudieran haberse invocado en el procedimiento inicial.

Por último, se deberán tener en cuenta las pruebas aportadas por el deudor con respecto a la liquidación de la deuda que alega; siendo el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución el que tenga que apreciar la admisibilidad y el fundamento de dichas pruebas.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,  
DE 20 DE JULIO DE 2020. DENEGACIÓN DE NACIONALIDAD  
ESPAÑOLA DE ORIGEN A LOS NACIDOS EN LA ANTIGUA  
GUINEA ECUATORIAL

COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME  
COURT, FROM JULY 20, 2020. DENIAL OF SPANISH  
NATIONALITY OF ORIGIN TO THOSE BORN IN FORMER  
EQUATORIAL GUINEA.

OLGA BEATRIZ CASTELUCCI PAOLONI

*Abogada del Iltre. Colegio de Abogados de Murcia  
Abogada - Universidad de Buenos Aires, Argentina*

Recibido: 26.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5991>

**Resumen:** El presente trabajo analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020, que deniega la nacionalidad española de origen a la demandante nacida en España cuyos padres nacieron en Guinea Ecuatorial, antes de la declaración de la independencia y cuando todavía eran territorios sometidos al dominio español. Se plantea la condición jurídica de los territorios de Guinea, Ifni y Sáhara Occidental durante la etapa colonial, y si son España a efectos de adquisición de nacionalidad en base al *ius soli*. La cuestión se resuelve en base a la aplicación de la normativa específica, igual que en el caso del Sáhara Occidental. La sucesión de Estados en el caso de la República de Guinea Ecuatorial, como elemento diferenciador.

**Palabras clave:** nacionalidad española, *ius soli*, nacido en España, Guinea Ecuatorial.

**Abstract:** This article analyzes the Judgment of the Supreme Court from July 20, 2020, which denies the Spanish nationality of origin to the plaintiff born in Spain whose parents were born in Equatorial Guinea, before the declaration of independence and when they were still territories under Spanish rule. The legal status of the territories of Guinea, Ifni and Western Sahara is raised during the stage as a Spanish colony, and if they are Spain for the purpose of acquiring nationality based on the *ius soli*. To the application of specific regulations and in the same way as with respect to Western Sahara. The succession of States in the case of the Republic of Equatorial Guinea as differentiating element.

**Keywords:** Spanish nationality, *ius soli*, born in Spain, Equatorial Guinea.

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes del caso. III. La Sentencia de la Sala. IV. La nacionalidad española y el *ius soli*. V. El caso de Guinea Ecuatorial. VI. El voto particular de la STS Pleno de lo Civil, 207/2020, de 29 de mayo de 2020. VII. Conclusiones.

## Introducción

1. El objeto del presente trabajo se centra en el análisis del alcance del criterio del *ius soli* a efectos de la adquisición de la nacionalidad de origen en el Derecho Español y ello mediante el examen de la relevante STS 20 julio 2020. La controvertida interpretación del concepto “España”, a efectos de adquisición de nacionalidad por nacimiento en su suelo y en especial, en cuanto a las consecuencias generadas por el proceso de descolonización español, en relación a los naturales de las antiguas colonias africanas y su posterior vinculación con España.

2. Existen diferentes posiciones sobre el reconocimiento de la condición de españoles de origen a los naturales de los territorios de las antiguas colonias de Guinea Ecuatorial, Ifni y el Sáhara, y si puede entenderse que nacieron en España, territorio español o territorio nacional. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020<sup>1</sup>, se afirma que “*existen argumentos normativos y jurisprudenciales a favor de una u otra tesis, lo mismo que respetables opiniones doctrinales en uno y otro sentido...*”

3. La meritada Sentencia, resuelve denegar la declaración con valor de simple presunción, de la nacionalidad española de origen, a quienes hayan nacido en España de padres naturales de Guinea Ecuatorial, nacidos con anterioridad a su independencia. La Sala decide que no son españoles de origen los nacidos en las antiguas colonias africanas, cuestión que afirma debe resolverse en base a la normativa específica que para cada territorio descolonizado se haya dictado. En sus fundamentos, se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala Civil 207/2020 de 29 de mayo de 2020<sup>2</sup>, asimilando la solución a la de los naturales del Sahara Occidental. Esta última Sentencia contiene un interesante voto particular, conforme el cual pueden apreciarse las diferencias entre ambos casos.

4. No se trata de situaciones que merezcan análogo tratamiento jurídico, dado que en el supuesto de Guinea Ecuatorial con la declaración de su independencia ha surgido la República de Guinea Ecuatorial, operando una sucesión de Estados, mientras que los territorios del Sáhara Occidental, aún en la actualidad, se encuentran en un situación atípica, pendiente del ejercicio del derecho de autodeterminación del pueblo saharauí, según las resoluciones de Naciones Unidas<sup>3</sup>

5. Estos elementos jurídico-políticos diferenciadores deben ser tenidos en cuenta porque en el caso de los naturales de la actual República de Guinea Ecuatorial, son en la actualidad nacionales de ese Estado, mientras que el territorio del Sahara Occidental, se encuentra en una situación de indefinición en el plano internacional, siendo una de las consecuencias más graves que los saharauís carezcan de nacionalidad<sup>4</sup>. Al analizar los casos relativos a la nacionalidad de los naturales de estos territorios es preciso tener presente tanto el Derecho español y de otros países que regulan la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad, como el Derecho internacional, que precisa cuáles son los elementos necesarios para la existencia de un “Estado” y la determinación de la extensión del territorio del Estado.

## II. Antecedentes del caso

6. El caso resuelto por la STS de 20 de julio de 2020, es planteado por D<sup>a</sup> Trinidad, nacida en Barcelona en el año 1995, cuyos padres habían nacido, respectivamente en los años 1945 y 1958 en Río Muni y Sta. Isabel (actualmente denominadas Bata y Malabo), ciudades situadas en el territorio que ac-

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 2668/2020 de 20 de julio de 2020. Roj: STS 2668/2020-ECLI:ES:TS:2020:2668

<sup>2</sup> STS Pleno Sala de lo Civil, 207/2020 de 29 de mayo de 2020 ROJ: STS 1240/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1240

<sup>3</sup> Resolución 2494 (2019, Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 8651ª sesión, celebrada el 30 de octubre de 2019, S/RES/2494 (2019, La situación relativa al Sáhara Occidental) , [www.un.org](http://www.un.org).

<sup>4</sup> A. ORTEGA GIMÉNEZ, Nacionalidad española de los habitantes del Sáhara Occidental. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1110-1118

tualmente pertenece a la República de Guinea Ecuatorial, y que en esos años pertenecía a España, ya que la declaración de independencia fue posterior, en fecha 12 de octubre de 1968, siendo los progenitores de nacionalidad ecuato-guineana y por lo tanto, extranjeros. D<sup>a</sup> Trinidad solicitó ante el Registro Civil de Barcelona se declare con valor de simple presunción su nacionalidad española de origen de conformidad al art. 17.1.b) del Código Civil (CC). El auto de la Encargada del Registro Civil de Barcelona de fecha 15 de febrero de 2010 denegó dicha solicitud, por considerar que no se cumplían en el caso los requisitos del artículo 17.1b), ni 17.1.c) del CC. Dicho Auto fue recurrido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil (DGRN), que dictó Resolución confirmatoria de fecha 23 de mayo de 2013.

7. La DGRN sostuvo que el territorio de Guinea no puede ser considerado español a partir de la independencia obtenida el 12 de octubre de 1968, y antes, los naturales de Guinea no fueron por ese solo concepto nacionales españoles sino solamente súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española. Cita en su resolución, el Real Decreto 2987/1977 de 28 de octubre que arbitró una fórmula a fin de que en determinado plazo pudieran aquéllos declarar su voluntad de ser españoles, agregando que incluso en la disposición adicional primera admitió que fueran españoles los guineanos que a partir del 12 de octubre de 1968, hubieran estado al servicio de las armas españolas. Concluye que no es posible la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción en base al art. 17.1 b) del CC, al no poder considerarse que los padres de la interesada hayan nacido en España, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente. Sin perjuicio de ello, deja a salvo la posibilidad de la adquisición por la interesada de la nacionalidad española por residencia con el plazo reducido de un año en base al art. 22.2 del CC.

8. D<sup>a</sup> Trinidad interpuso demanda de juicio ordinario contra la DGRN y el Ministerio Fiscal, impugnando la Resolución (RDGRN). Alega aplicable a su caso el artículo 17.1 b) del CC que considera españoles de origen a los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de ellos hubiera nacido también en España, sosteniendo que sus padres nacieron españoles por cuanto Guinea Ecuatorial en los años 1945 y 1958 era España. Aduce que la RDGRN es discriminatoria a su respecto y contraría al principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución Española, al negarle el reconocimiento de la adquisición de la nacionalidad española de origen, en base a una interpretación del término España excluyente de los territorios situados en África, al tiempo de los respectivos nacimientos de sus padres, alegando una interpretación forzada, arbitraria y restrictiva del concepto España utilizado por el art. 17.1.b) del CC. Sostiene que la RDGRN no establece un criterio de razonabilidad que justifique el trato desigual entre los nacidos en Guinea y los nacidos en otros territorios del Estado español, provocando una discriminación y una evidente lesión en sus derechos fundamentales. Invoca la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo, que según afirma, ha declarado que el territorio español comprende también las antiguas colonias antes de su independencia, pues eran territorios comprendidos dentro del Estado español, citando la STS 1026/1998 de 28 de octubre.

9. El letrado del Estado en representación y defensa de la DGRN, se opone a la demanda, alega que es “España” la expresión que de forma precisa y concreta utiliza el actual artículo 17.1 b) del CC, superando otras expresiones como las de “territorio español” que por razones históricas se contemplaban en redacciones anteriores (art. 22 del CC en redacción dada por ley 1982). Agrega que el concepto “España” es introducido en la redacción dada por la Ley 18/1990 de 17 de diciembre, con lo que el legislador ha querido precisar y concretar que sólo pueden acogerse al criterio del *ius soli* aquéllos cuyos padres o alguno de ellos hubiera nacido en España, tal y como se concibe en el momento en que entra en vigor la citada ley (1990), es decir sin territorios, colonias o provincias fuera del territorio geográfico, ni sometidos políticamente a la soberanía española, y señala que prueba de ello es la redacción del art. 17.1 c) del CC que equipara a los nacidos en España con los nacidos en territorio español.

10. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 10 de Barcelona, desestimó íntegramente la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Precisa los hechos controvertidos, indicando que los

padres de la actora eran ecuato-guineanos y por lo tanto extranjeros, al no haber optado a la nacionalidad española en el plazo al efecto otorgado por el Real Decreto 2987/1977 de 28 de octubre de 1977. Centra la controversia en determinar la naturaleza de los territorios coloniales bajo la soberanía española, y si los padres de la actora nacidos en 1945 y 1958, nacieron en España por haber nacido en lo que era la Guinea “española”.

Señala que en esos años el territorio Guineano se regía por la Ordenanza general de 1938, que lo definía como una colonia de explotación mercantil, refiriéndose en su Exposición de Motivos como “territorios que, sin formar parte del suelo de la patria, están sujetos a su imperio”. Afirma que no fue hasta 1959, cuando los territorios del golfo de Guinea adquieren el estatus de provincias españolas ultramarinas, si bien con importantes diferencias respecto de las provincias metropolitanas, adoptando oficialmente la denominación de Región Ecuatorial Española, mediante la Ley de 30 de julio de 1959. Cita el dictamen del Consejo de Estado de 20 de junio de 1968, posterior a la independencia, que concluyó que las posesiones en África no fueron nunca, ni antes ni después de su provincialización, territorio español a los efectos de adquisición de la nacionalidad.

Señala la Doctrina jurídica elaborada por el Tribunal Supremo, Sala 3ª en Sentencia de 7 de noviembre de 1999 sobre el concepto de territorio español y territorio nacional, concluyendo que sólo este último se circunscribe al territorio metropolitano.

Concluye que no tendría sentido el sistema de opción por la nacionalidad española prevista por el Real decreto 2987/1977, de 22 de octubre, posterior a la declaración de independencia de Guinea Ecuatorial, si los naturales de dichos territorios hubieran sido españoles, dado que ya tendrían la condición de españoles en aplicación del *ius soli*, argumento que considera reforzado por la redacción del Art. 66 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958 que distinguía ya entre españoles y naturales de las provincias africanas o indígenas. Lo que confirma que estos últimos no eran considerados españoles.

**11.** La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, conoció del recurso interpuesto por la representación de Dª Trinidad, impugnando la sentencia de instancia por cuanto no especifica el juicio de razonabilidad para denegarle la nacionalidad española, e insistiendo que se vulnera el derecho a la nacionalidad y el principio de igualdad.

La sentencia de la Alzada desestimó el recurso y confirmó la Sentencia de instancia. La Audiencia centra la controversia de carácter eminentemente jurídico, del concepto de “España” al que hace referencia el art. 17.1.b) del CC común, invocado por la actora. Reitera los argumentos de la sentencia de instancia, y concluye que el término “España” que emplea el art. 17 CC debe interpretarse en sentido estricto y restrictivo, dentro del contexto histórico, social y político imperante en el momento en que se modificó, es decir 1990. Afirma que a la misma conclusión conduce una interpretación sistemática, teniendo en consideración que el art. 17.1.d) del CC, asimila España con territorio español y el art. 22 del mismo cuerpo legal en cuanto a la adquisición de la nacionalidad por residencia reduce el plazo a dos años para los nacidos en Guinea Ecuatorial -entre otros territorios vinculados históricamente a España- y a un año (art.22.2.a) CC) para los nacidos en territorio español, con lo cual el legislador no equipara Guinea Ecuatorial ni con España, ni con territorio español.

Afirma que no existe discriminación porque la diferencia de trato está justificada en el criterio diferencial basado en que, los territorios africanos que pertenecieron a España, nunca tuvieron la consideración de territorio nacional, diferencia que justifica el distinto trato entre los españoles de origen y los nacidos en Guinea Ecuatorial.

### III. La Sentencia de la Sala

**12.** La Sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo 2668/2020 del 20 de julio de 2020, desestima el recurso de casación N° 4321/2017, interpuesto por Dª Trinidad contra la Sentencia dictada por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona B 8853/2017, de fecha 19 de junio de 2017, confirmando sustancialmente la sentencia recurrida.

No se imponen las costas a ninguna de las partes, ni las causadas en el recurso de casación ni de las causadas en las anteriores instancias.

El recurso interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Trinidad se basó en la presunta infracción del art. 17.1 b) del CC y alega el interés casacional en la oposición a la doctrina jurisprudencial asentada en las SSTs 1026/1998, de 28 de octubre y de 22 de febrero de 1977 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en cuanto la sentencia recurrida hace una interpretación restrictiva del término “España” utilizado por el legislador excluyendo de dicho concepto los territorios de Guinea Ecuatorial, Ifni y el Sahara antes de su independencia, en contra de la doctrina jurisprudencial sentada por las citadas sentencias en las que se hace una interpretación amplia comprendiendo dichos territorios antes de sus respectivas independencias.

**13.** La Sala del Tribunal Supremo, aunque entiende que ni siquiera existiría interés casacional por falta de oposición a la doctrina jurisprudencial y por no existir identidad de razón en las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso, sin embargo, entra en su tratamiento, por considerarla una cuestión jurídica de interés similar a la resuelta por la STS de pleno 207/2020 de 29 de mayo, sobre un territorio históricamente singular como el Sahara Occidental, respecto al cual se resolvió que no formaba parte de España a los efectos de nacionalidad. Concluye que sería un contrasentido negarlo para el Sáhara y reconocerlo para Guinea.

Cita en apoyo a su decisión la STS de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1999, que si bien no trata del art. 17 CC, sino de su art. 22 distingue entre territorio español y territorio nacional para concluir que “Guinea, Ifni y Sahara Occidental eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional” de modo que su provincialización habría sido “un perfeccionamiento del Régimen colonial”

**14.** Si bien reconoce la Sala que “existen argumentos normativos y jurisprudenciales a favor de una y otra tesis, lo mismo que respetables opiniones doctrinales, en uno y otro sentido, entiende que el camino más seguro para llegar a la interpretación correcta es atenerse a la normativa española más específica”. Por tal motivo, concluye que: “*no son nacidos en España quiénes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española*” por lo tanto no son españoles de origen, con lo cual desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Trinidad, confirmando la sentencia de la AP de Barcelona, Sección 16<sup>a</sup> de fecha 19 de junio de 2017, sin imposición de costas ni respecto del recurso ni de las causadas en las instancias.

#### **IV. La nacionalidad española y el *ius soli***

**15.** A los fines de este trabajo y ante la falta de una definición legal de *nacionalidad española*, se analizará desde el punto de vista jurídico, como *el vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado*.<sup>5</sup> Asimismo, debe tenerse especialmente en cuenta, en el caso planteado que: “*la nacionalidad del individuo se determina con arreglo al Derecho del país cuya nacionalidad dice ostentar el sujeto*”<sup>6</sup>. La Doctrina<sup>7</sup> recurre a elaborar el concepto de nacionalidad a partir de los preceptos de la Constitución Española (CE), que en su artículo 2 alude a la “*Nación española*”, como “*patria común e indivisible de todos los españoles*”, concluyendo que “*la nacionalidad española es, pues, la característica común de los individuos que forman la comunidad nacional española*”.

<sup>5</sup> Ley 36/2020, de 8 de octubre, de Modificación del Código Civil en materia de Nacionalidad, (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2020).

<sup>6</sup> A.L. CALVO CARAVACA – J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tratado de Derecho Internacional Privado” Vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, 2020, p 1238.

<sup>7</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/A. DURÁN AYAGO/ B.L. CARRILLO CARRILLO, “Curso de Nacionalidad y Extranjería”, Colección *El Derecho de la Globalización*, Nº 11, Editorial Colex, 2007, p 18.

**16.** La distinción entre “españoles de origen” y “españoles no originarios” surge del artículo 11.1 (CE) al decir que: “*la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley; 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad...*”. Y a continuación afirma en el punto 3. “*El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aún cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.*”<sup>8</sup> La diferencia jurídica entre ambas categorías no obedece al modo de adquisición de la nacionalidad española, puesto que pueden ser españoles de origen sin haber nacido tales. Obedece a un tratamiento diferenciado en cuanto a que, sólo los españoles de origen no pueden ser privados de la nacionalidad española en ningún caso, y sólo ellos pueden adquirir la nacionalidad de los estados Iberoamericanos, Filipinas, Portugal, Guinea Ecuatorial y Andorra, sin perder la nacionalidad española, y sólo un español de nacimiento puede ser tutor testamentario del Rey (art. 60.1 CE)<sup>9</sup>

Desde el punto de vista constitucional, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 13.2 que reserva a los españoles exclusivamente, los derechos políticos, sin distinción entre españoles de origen y no originarios. Resulta importante destacar, que el derecho a la nacionalidad no integra los derechos fundamentales, ya que no está incluido dentro de la Sección Primera, Capítulo Segundo del Título I de la CE, y a diferencia de lo dispuesto para los derechos fundamentales en el art. 81 CE cuya regulación debe ser objeto de una Ley Orgánica, el art. 11 CE, en cambio, delega en la ley la regulación de la nacionalidad. No obstante esta previsión del texto constitucional, hasta la fecha España no cuenta con una ley sobre nacionalidad, es el Código Civil (CC)<sup>10</sup>, que viene regulando la materia desde 1889, y que tras numerosas reformas legislativas<sup>11</sup>, actualmente se encuentra en los arts. 17 a 28 del Código Civil. Complementan la regulación sobre la materia la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil<sup>12</sup> (arts. 63 a 68) y el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del la Ley del Registro Civil<sup>13</sup> (arts. 220 a 237).

**17.** Dentro de los modos de adquisición de la nacionalidad española, el legislador español ha establecido que son españoles de origen por el hecho del nacimiento, adoptando para su determinación la combinación de los dos principales criterios básicos:

- A)** El *ius sanguinis* (derecho de la sangre) criterio preferente presente en los supuestos de los Arts. 17.1.a) del CC<sup>14</sup>: son españoles los sujetos nacidos de español o española, y art. 19.1 CC: ser hijo adoptivo, menor de dieciocho años, de español. En España ha sido la regla general y criterio principal de atribución de la nacionalidad el *ius sanguinis*, en concordancia con su condición de país de emigración y con el fin de continuar ejerciendo su soberanía

<sup>8</sup> Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)

<sup>9</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. DURÁN AYAGO, B.L. CARRILLO CARRILLO, “Curso de Nacionalidad y Extranjería”, Colección *El Derecho de la Globalización*, Nº 11, Editorial Colex, 2007, p 35

<sup>10</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo, y ediciones revisada publicadas en Gaceta de Madrid de 25 a 27 y 30 de julio de 1889, núm. 206 a 207 y 211)

<sup>11</sup> Ley de 15 de julio 1954 (BOE de 16 de julio de 1954); Ley 14/1975 de 2 de mayo 1975 (BOE núm 107 de 5 de mayo 1975); Ley 51/1982 de 13 de julio 1982 (BOE núm.181 de 30 de julio 1982); Ley 18/1990, de 17 diciembre 1990 (BOE núm. 302 de 18 de diciembre 1990); Ley 29/1995 de 2 noviembre, por la que se modifica el Código Civil en Materia de recuperación de la nacionalidad (BOE núm. 264 de 4 noviembre 1995); Ley 36/2002 de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 242 de 9 octubre 2002).

<sup>12</sup> Ley de 8 de junio de 1957 Reguladora del Registro Civil, BOE núm de 10 de junio de 1957

<sup>13</sup> Real Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se publica el Reglamento del Registro Civil, BOE núm. De 11 de diciembre de 1958.

<sup>14</sup> Código Civil, Art. 17 redactado por la Ley 18/1990, de 17 diciembre de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 302 de 18 de diciembre). .1. “*Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles. b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español...*”

sobre sus nacionales en el extranjero, cualquiera sea el país de nacimiento o residencia, así como vía tendente al retorno y reintegración de sus nacionales.<sup>15</sup>

- B)** El *ius soli* (derecho del suelo), criterio de aplicación restringida o residual, conforme el cual, son españoles quienes se encuentren en los supuestos de los arts. 17.1.b) CC: los nacidos en España de progenitor también nacido en España; art. 17.1.c) nacido en España de padres apátridas o de padres cuya legislación no atribuye nacionalidad al hijo; y art. 17.1. d) los nacidos en España y de filiación indeterminada. Son españoles de origen.

**18.** En lo que interesa a efectos interpretativos para este trabajo, cabe mencionar que en la Exposición de Motivos Ley 15 de julio de 1954<sup>16</sup> por la que se reforma el Título Primero del Libro Primero del Código Civil, denominado “De los españoles y extranjeros”, se expresa la voluntad del legislador en relación al uso y extensión de ambos criterios: “El *ius sanguinis* sigue cumpliendo la función de principio básico para la determinación de la nacionalidad. Pero, al mismo tiempo, y en aras de aquel propósito extensivo, se amplían los efectos del *ius soli* al conferirse la cualidad de españoles a los nacidos en España de padres extranjeros si éstos también hubieran nacido en ella, de manera que no podrán perpetuarse indefinidamente las estirpes de extranjeros en el territorio nacional.”

La Sentencia comentada, trata justamente de esta cuestión de lo que debe entenderse por nacido en “España”. A tales fines se ha distinguido entre “territorio nacional español”, como aquél en el que España ejerce su soberanía efectiva y “territorio español” comprensivo de los territorios de las antiguas colonias español en África, los cuales: “...sin formar parte del suelo de la patria, están sujetos a su imperio”<sup>17</sup>

Resulta esclarecedora al respecto la STS Sala 3ª de 7 de noviembre de 1999<sup>18</sup> al decir que: “*Pues bien, Guinea, Ifni, y Sahara eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional. Y porque esto era así es por lo que no se quebrantaba la integridad del territorio nacional por la realización de aquellos actos jurídicos y políticos que determinaron la independencia de Guinea (que hasta ese momento fue una dependencia de España), la cesión o, si se quiere, la ‘retrocesión’ de Ifni a Marruecos, y la iniciación del proceso de autodeterminación del Sahara. Y es que solamente puede considerarse ‘territorio nacional’ aquel que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española -en su caso, de parte de una de ellas- y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la nación corresponda como un todo*” Esta Sentencia, si bien declara la nacionalidad del reclamante de origen saharauí, se refiere a la adquisición de nacionalidad por residencia art. 22.3.1 del Código Civil<sup>19</sup>, considerando legal la residencia en el Sahara anterior a la descolonización por considerarlo territorio español.

Según las Resoluciones de la DGRN, los sujetos cuyo nacimiento debe inscribirse en el Registro Civil español son todos los nacidos en “España”, por el mero hecho de su nacimiento y para lo cual debe acreditarse que ha nacido en “territorio español”, el cual “*comprende todo el territorio español de la península ibérica, islas adyacentes, Canarias, Ceuta y Melilla (RDGRN 27 noviembre 1993), así como Alborán, Peñón de Vélez de La Gomera, Peñón de Ahucemas, islas Chafarinas y la isla Perejil. Los nacidos en las ex-colonias españolas (Sahara Occidental, Sidi Ifni, Guinea Ecuatorial, Protectorado Español en Marruecos), no son nacidos en territorio nacional español y no se inscriben en el Registro civil español si no ostentan la nacionalidad española en el momento de su nacimiento (RDGRN 35.ª 13 de noviembre 2015: nacimiento en Guinea Ecuatorial)*”<sup>20</sup>

También debe tenerse en cuenta, la Instrucción 7482 de 28 de marzo de 2007, de la DGRN, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declara-

<sup>15</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. DURÁN AYAGO, B.L. CARRILLO CARRILLO, Op. Cit. p. 45.

<sup>16</sup> Ley de 15 de julio 1954 (BOE de 16 de julio de 1954);

<sup>17</sup> Exposición de motivos de la Ordenanza General de los territorios españoles del Golfo de Guinea de 27 de agosto de 1938. BOE núm. 63 de 1 de septiembre de 1938.

<sup>18</sup> STS Sala de lo Contencioso, de 7 de noviembre de 1999, STS7011/1999 ECLI:ES:TS:1999:7011

<sup>19</sup> Código Civil, art. 22.3.1. según redacción dada por la Ley 51/1982 de 13 de julio 1982, BOE núm.181 de 30 de julio 1982

<sup>20</sup> A.L. CALVO CARAVACA – J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tratado de Derecho Internacional Privado” Vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, 2020, p 1279.

ción de nacionalidad española con valor de simple presunción, en su Anexo de Relación de Resoluciones de la DGRN recaídas en interpretación del artículo 17.1.c) del CC: en su punto 2. Por el contrario no son españoles “*iure soli*” por corresponderles “*iure sanguinis*” la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España hijos de:...f) Ecuatoguineanos (Resolución de 23-5<sup>a</sup> de septiembre de 2005)<sup>21</sup>

El criterio del *ius soli* para la adquisición de la nacionalidad española es de carácter residual y restringido a casos específicos como los señalados en el art. 17.1. b) CC, para permitir la integración de generaciones de extranjeros arraigados en España, o en el art. 17.1. c) y d) CC, para evitar la *apatridia*, en cumplimiento de Convenciones Internacionales<sup>22</sup>

**19.** Otros modos de adquirir la nacionalidad española son: a) Por consolidación de la posesión de estado (art. 18 CC)<sup>23</sup>. Puede ser de origen o no, según los casos; b) Por opción (art. 20 CC)<sup>24</sup>. En los casos de los mayores de dieciocho años respecto de los cuales se determina su filiación española o su nacimiento en España (art. 21.2 CC) y el mayor de dieciocho años adoptado por español (art. 19.2 CC)<sup>25</sup>, en ambos casos la nacionalidad española es de origen. Y quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español (art. 20.1 CC) pueden optar por la nacionalidad española en cuyo caso es ‘no originaria’; c) Por residencia en España y concesión del Ministerio de Justicia (arts. 21.2 y 22 del CC)<sup>26</sup>; d) Por carta de naturaleza (art. 21.1 del CC), en estos dos casos la nacionalidad española será no originaria.

## V. El caso de Guinea Ecuatorial

**20.** La soberanía de España sobre los territorios de Guinea Ecuatorial se inicia con el Tratado del Pardo celebrado el 11 de marzo de 1778, por el cual fueron cedidos por Portugal en cumplimiento del Tratado de San Ildefonso de 1777. A partir de ese momento pasó a formar parte del Virreinato del Río de la Plata, siendo gobernadas desde Buenos Aires hasta 1810, tratándose de una presencia fundamentalmente militar. En la Ordenanza General de los territorios españoles del Golfo de Guinea de 27 de agosto de 1938<sup>27</sup> se la denomina como “Colonia de la explotación mercantil”. Con posterioridad a la independencia de Marruecos, y como consecuencia de ello, tratando de otorgarle mayor relevancia, se dividió en dos provincias españolas por la Ley 46/59 de 30 de julio de 1959<sup>28</sup>, denominadas Fernando Poo y Río Muni. La Ley 191/63, de 20 de diciembre de 1963<sup>29</sup>, estableció las bases del régimen autónomo de la Guinea Ecuatorial y facultó al Gobierno de la Nación para dictar, a propuesta de la Presidencia

<sup>21</sup> Disposición general del Ministerio de Justicia, 7482, Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad, BOE núm. 86 de 10 de abril de 2007.

<sup>22</sup> Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecho en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, instrumentos de adhesión de España de 24 de abril de 1997, BOE núm. 159 de 4 de julio de 1959; Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del Niño, BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

<sup>23</sup> Código Civil, Art. 18 redactado por la Ley 18/1990, de 17 diciembre de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 302 de 18 de diciembre): “La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad aunque se anule el título que la originó”

<sup>24</sup> Código Civil, Art. 20 redactado por la Ley 36/2002, de 8 de octubre de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002.

<sup>25</sup> Código Civil, art. 19 redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

<sup>26</sup> Código Civil, Art. 22 incorporado por la Ley 51/1982 de 13 de julio 1982, BOE núm.181 de 30 de julio 1982 y actual redacción Ley 36/2002, de 8 de octubre BOE de octubre de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002, por cuya trascendencia el presente trabajo se transcribe: 1.- Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiados y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes. 2.- Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) el que haya nacido en territorio español...”

<sup>27</sup> Ordenanza General de los territorios españoles del Golfo de Guinea de 27 de agosto de 1938. BOE núm. 63 de 1 de septiembre de 1938

<sup>28</sup> Ley 46/59 de 30 de julio de 1959, BOE núm 182, de 31 de julio de 1959.

<sup>29</sup> Ley 191/63, de 20 de diciembre de 1963, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1963.

del Gobierno y con la audiencia de los representantes del territorio autónomo, el texto articulado que concluyó con el Decreto 1885/1964, de 3 de julio<sup>30</sup>, por el que se aprueba la Ley articulada sobre régimen autónomo de la Guinea Ecuatorial, en cuya Disposición Final Segunda dispone la derogación de la Ley 46/1959, de 30 de julio y cuantas disposiciones se opongan a ella. En el art. 1.1. de este Decreto se establecía que “*La Guinea Ecuatorial, constituida por los territorios de Fernando Poo y de Río Muni, gozará de un régimen de autonomía regulado por la presente Ley y las normas que conforme a ella se dicten.*” Y en el Capítulo II bajo el título: De los derechos y deberes de los nacionales en los territorios, disponía en su art. 2.1. “*Los nacionales naturales de Fernando Poo y Río Muni tienen los mismos derechos y deberes reconocidos a los demás españoles por las Leyes Fundamentales. 2. Los demás nacionales vecindados en estos territorios tienen los mismos derechos y deberes que los naturales.*” No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los nacionales que sean naturales de Guinea Ecuatorial gozarían de excepciones en cuanto al servicio militar que sería de carácter voluntario y las prácticas consuetudinarias relacionadas con el estado civil serían respetadas mientras no se aconsejare otra cosa. Tenían garantizado el derecho a la representación en Cortes como hasta la fecha (art. 4.1) y los Procuradores en Cortes de la Guinea Ecuatorial eran designados en la misma forma que los de las restantes Diputaciones y Municipios de la nación (art. 4.2).

**21.** El Consejo de Estado se pronuncia respecto a Guinea Ecuatorial, en dictamen de 1968 adoptando una postura radicalmente contraria a la integración territorial, pese a la calificación formal de provincias de dichos territorios. Alega que la Ley de 1959 en ningún caso supone una asimilación del territorio guineano al español y esta legislación tiene como fin modernizar las estructuras político-administrativas con vistas a la independencia del territorio. Esta postura demuestra la no asimilación existente entre los territorios metropolitanos y los coloniales, con efectos en la nacionalidad en base al principio de efectividad basado en la vinculación territorial, con lo cual los primeros serían nacionales, mientras que los segundos son súbditos.<sup>31</sup>

El propio Gobierno Español propició y convocó un proceso constitucional que culminó con la aprobación por referéndum del texto constitucional y la declaración por parte de España de la independencia de la República de Guinea Ecuatorial, con el traspaso de poderes al Presidente electo el 12 de octubre de 1968<sup>32</sup>. Se inicia a partir de esa fecha el proceso de transición, con un alto grado de confusión y diversas vicisitudes.<sup>33</sup>

**22.** Luego de casi diez años de la declaración de la independencia de la República de Guinea Ecuatorial, se dictó el Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, sobre concesión de nacionalidad española a determinados guineanos<sup>34</sup>. La norma constituida por tres artículos y dos disposiciones transitorias, disponía que a los efectos del art. 19 del CC<sup>35</sup>, considera que existen circunstancias excepcionales en los guineanos residentes en España al tiempo de su publicación, y que se hallaran comprendidos en el art. 2.1 del Decreto 1885/1964, de 3 de julio. Por ello, contaban con un año para declarar su voluntad de acogerse al beneficio, desde la publicación de la norma, o desde la mayoría de edad o emancipación en su caso.

<sup>30</sup> Decreto 1885/1964, de 3 de julio, por el que se aprueba la Ley articulada sobre régimen autónomo de la Guinea Ecuatorial, BOE, núm. 161, de 6 de julio de 1964.

<sup>31</sup> J.L. ARGUDO PÉREZ, J.J. PÉREZ MILLA, Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del África española, *Acciones e Investigaciones Sociales*, ISS 1132-192X, N° 1, 1991, pp 171-173.

<sup>32</sup> Decreto 2467/1968, de 9 de octubre, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 1968.

<sup>33</sup> Vid. R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Misión en África, La Descolonización de Guinea Ecuatorial (1968-1969), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, BOE Madrid, 2018, <http://publicacionesoficiales.boe.es>. Interesantes relatos del proceso de transición posterior a la independencia.

<sup>34</sup> Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, sobre concesión de nacionalidad española a determinados guineanos (BOE núm. 282 de 25 de noviembre de 1977)

<sup>35</sup> Código Civil, art. 19 según texto Ley 15 de julio de 1954 por la que se reforma el Título Primera del Libro Primero del Código Civil, denominado “De los españoles y extranjeros”.

**23.** Con la firma del Tratado de 23 de octubre de 1980 de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República de Guinea Ecuatorial, hecho en Madrid y dos Cartas Anejas<sup>36</sup> se estrecharon las relaciones de ambos Estados, estableciéndose vías de cooperación en numerosas materias.

En igual sentido, con la modificación del Código Civil en 1982 y la nueva redacción del art. 22, que regula la adquisición de nacionalidad española por residencia, en el segundo párrafo se incorpora un plazo privilegiado para los ecuatoguineanos reducido a dos años de residencia. Y a continuación, se establece el plazo de un año para aquellos que hubieran nacido en España.

## VI. El voto particular de la STS Pleno de lo Civil, 207/2020, de 29 de mayo de 2020

**24.** La Sentencia comentada remite a la ya citada STS del Pleno de la Sala Civil 207/2020 de 29 de mayo, por lo que resulta ineludible en este trabajo referirnos, brevemente a los argumentos desarrollados en la misma. La cuestión es muy controvertida y así queda en evidencia con el voto particular de la Magistrada D<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, y al que se adhirieron los magistrados D. Antonio Salas Carceller y D. Rafael Sarazá Jimena. En este caso se trataba de una mujer nacida en Sahara Occidental en el año 1973, siendo sus padres ambos naturales saharauis, y solicitaba la declaración de nacionalidad española desde su nacimiento con valor de simple presunción, por considerar que los territorios del Sahara Occidental al momento de su nacimiento eran territorio español, y en virtud de lo dispuesto por el art. 17. 1 b) y c) del CC, y subsidiariamente por el art. 18 CC. La controversia se centra en la misma cuestión de si los nacidos en territorios de las antiguas colonias –en este caso Sahara Occidental- pueden considerarse nacidos en territorio español. En Primera Instancia, curiosamente, el Ministerio Fiscal que se opuso a la demanda, en el acto de juicio interesó la estimación de la misma, pero la Sentencia fue desestimatoria. Habiendo interpuesto la interesada recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso y revocando la sentencia de instancia, declaró la nacionalidad española de origen de la recurrente desde el día de su nacimiento, en base al art. 17.1. d) CC, aunque no lo haya invocado -en aras del principio *iura novit curia*-, considerando que había nacido en Sahara Occidental en 1973, de padres españoles y carecía de toda nacionalidad.

**25.** En definitiva, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca fue revocada y la Sala del Pleno, deniega la condición de españoles de origen a los nacidos en territorios de las antiguas colonias con anterioridad a la descolonización por aplicación de la normativa específica, es decir la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sáhara<sup>37</sup> y Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sáhara<sup>38</sup> y el Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, sobre concesión de nacionalidad española a determinados guineanos<sup>39</sup>.

**26.** En un exhaustivo voto particular, se niega que la sentencia recurrida infrinja el art. 17.1.c) CC, y por el contrario se afirma que, de una interpretación armónica del Derecho interno de la nacionalidad, con los principios internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico (arts. 10 y 96 CE), debe reconocerse a la recurrente el derecho a tener una nacionalidad desde el nacimiento. Con respecto al Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sáhara, afirma que no sólo no fue efectivo por las controvertidas condiciones reales de ejercicio que concurrieron, sino porque suponía una sucesión de Estados, que en el caso del Sahara Occidental, no ha tenido lugar. Considera probado que los padres de la actora, naturales del Sahara Occidental, tenían documento nacional de identidad otorgado por el Estado Español, así como libro de

<sup>36</sup> Publicado en BOE núm. 178 de 27 de julio de 1981.

<sup>37</sup> Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sáhara (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 1975).

<sup>38</sup> Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara (BOE núm. 23, de 28 de septiembre de 1976)

<sup>39</sup> Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, sobre concesión de nacionalidad española a determinados guineanos (BOE núm. 282 de 25 de noviembre de 1977)

familia expedido por el Registro Civil, y por lo tanto los considera españoles de origen, descartando que hayan perdido su nacionalidad por el citado Decreto, por cuanto no se daba ninguna de las causas legales de pérdida de la nacionalidad española de origen, y porque sería contrario al art. 11.2 CE.

El voto particular reconoce que su interpretación es innovadora y contraria a la sostenida por la STS 1026/1998, de 28 de octubre, en la que se había planteado la inconstitucionalidad sobrevenida del citado Decreto 2258/1976 de 10 de agosto, y tras declarar que no consideraba preciso pronunciarse sobre ello, en lugar de la nacionalidad de origen solicitada por el demandante, se declaró su nacionalidad al amparo del art. 18 CC.

**27.** En definitiva, se pone de manifiesto que el caso de Guinea es diferente al del Sahara Occidental, porque en este último supuesto no ha existido, ni existe hasta la fecha, un Estado sucesor. A sus naturales, en la época en que España administraba esos territorios, les fue otorgada documentación que acreditaba su identidad y nacionalidad española por nacimiento, que aún conservan, motivo por el cual no deberían verse privados de ella, continuando siendo españoles hasta tanto adquieran otra nacionalidad.

La solución dada por la STS 1026/1976, de 28 de octubre, y recientemente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona es de 11 de noviembre de 2019<sup>40</sup> es la aplicación a los saharauis de la vía del art. 18 CC para la adquisición de la nacionalidad española por consolidación de posesión de estado. En base a la interpretación del art. 17.1.c) del CC, también debería atribuírsele la nacionalidad española *iure soli* en evitación de situaciones de apatridia.<sup>41</sup>

## VII. Conclusiones

**28.** La STS de 20 de julio de 2020, y la STS del Pleno de lo Civil, 207/2020, de 29 de mayo de 2020, a cuyos fundamentos se remite la primera, hacen referencia a los territorios de las antiguas colonias africanas de Guinea Ecuatorial, Ifni y el Sáhara, y de sus naturales de manera análoga a efectos de la nacionalidad española de origen, denegando la nacionalidad española de origen por la vía del art. 17.1.b) del CC, espacios físicos que eran “territorio español” pero no “territorio nacional español, y por lo tanto no se integran dentro del concepto de “España” que contiene dicha norma legal, limitando la aplicación del criterio del *ius soli*. Ambas Sentencias declaran que la cuestión debe resolverse según la normativa específica dictada en oportunidad de la descolonización de dichos territorios. Sin embargo, la propia Sala reconoce que esta solución jurídica no es unánime en la Doctrina y en la Jurisprudencia, lo que queda en evidencia en interpretación contenida en el voto particular de la meritada STS Pleno de lo Civil.

**29.** Pero, ha quedado en evidencia que la problemática para los naturales de las antiguas colonias españolas de Ifni, Guinea Ecuatorial y Sahara Occidental, no es la misma y por ende las soluciones jurídicas deben ser diferentes. El Sahara Occidental<sup>42</sup> se encuentra en una situación de indefinición en el plano internacional, cuyos naturales no cuentan con la protección de ningún Estado, y por lo tanto, en base a las normas del Derecho Internacional y en concordancia con las previsiones del Derecho interno español sobre nacionalidad, cabe una interpretación más flexible del *ius soli*, en evitación de los perjuicios generados por las situaciones de apatridia. En cambio en el caso de Ifni, se trata de un territorio anexo a Marruecos por el Tratado hispano-marroquí de retrocesión del territorio a Marruecos de 4 de enero de 1969,<sup>43</sup> su población se hallan bajo la soberanía del Estado Marroquí, y tiene la posibilidad de la adquisición y el reconocimiento de una nacionalidad. Y en el supuesto analizado de Guinea Ecuatorial, en cambio, a partir de la declaración de la independencia de la República de Guinea Ecuatorial, se ha

<sup>40</sup> SAP B 13631/2019 - ECLI: ES:APB:2019:13631.

<sup>41</sup> Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Nacionalidad Española de los habitantes del Sahara Occidental. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp 1110-1118.

<sup>42</sup> Ley 40/1975, de 19 de noviembre sobre descolonización del Sahara, BOE núm.278.

<sup>43</sup> Ratificado el 30 de abril de 1969, BOE núm. 134, de 5 de junio de 1969.

dato una sucesión de Estados, respecto a la soberanía sobre los antiguos territorios coloniales. Los habitantes no han perdido la nacionalidad sino que han sufrido un cambio de status, al adquirir una nueva nacionalidad en virtud de la competencia exclusiva que tiene el Estado sucesor para determinar quiénes son sus nacionales<sup>44</sup>. Se han establecido relaciones bilaterales de cooperación entre ambos Estados, con la existencia de un régimen transitorio excepcional para la declaración de la voluntad de conservación de la nacionalidad española, a la vez que se han generado vínculos privilegiados para los nacionales del estado sucesor, gozando los ecuatoguineanos de plazos más breves para adquirir la nacionalidad por residencia, y la doble nacionalidad, tal como ocurre con los nacionales de los Estados Iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Portugal o sefardíes.

---

<sup>44</sup> Ley N° 3/2011 de 14 de julio de regulación de la Nacionalidad Ecuatoguineana, Boletín Oficial de Estado, [https://leydeguinea.files.wordpress.com/2014/08/046\\_ley-3-de-14-de-julio-2011.pdf](https://leydeguinea.files.wordpress.com/2014/08/046_ley-3-de-14-de-julio-2011.pdf).

# EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LAS ADR DE CONSUMO TRAS EL CASO C-380/19

## THE RIGHT TO INFORMATION FOR CONSUMER ADRS FOLLOWING CASE C-380/19

MARÍA JOSÉ CATALÁN CHAMORRO

*Profesora. Ayudante Doctor de Derecho Procesal  
Universidad de Córdoba*

Recibido: 12.12.2020 / Aceptado: 12.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5992>

**Resumen:** Los derechos de los consumidores han estado históricamente protegidos por la Unión Europea. Esto ha afectado fundamentalmente a los derechos sustantivos, pero poco se ha avanzado en el reconocimiento de derechos procesales que permitan a los consumidores obtener una tutela efectiva de sus pretensiones. Por ello, fue importante la entrada en vigor de la Directiva 2013/11 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo. En este sentido, el TJUE y sus pronunciamientos pro-consumidor mejoran la calidad de las transposiciones de las normas a las legislaciones nacionales y sus interpretaciones.

**Palabras clave:** ADR, Derecho de información al consumidor, Directiva 2013/11.

**Abstract:** Consumer rights have historically been protected by the European Union. This has mainly affected substantive rights, but there has been little progress in the recognition of procedural rights to enable consumers to obtain effective protection of their claims. The entry into force of Directive 2013/11 on alternative dispute resolution in consumer matters was therefore important. In this respect, the ECJ and its pro-consumer pronouncements improve the quality of the transposition of the rules into national legislation and their interpretation.

**Keywords:** ADR, Consumer Information Rights, Directive 2013/11.

**Sumario:** I. Introducción. II. El derecho a la información de los consumidores, III. El derecho de información de recurrir a un mecanismo de reclamación no judicial, IV. Los ADR de consumo en la Unión Europea, 1. ADR de consumo ¿Voluntarios?, 2. El derecho del consumidor a la información sobre el ADR. V. Conclusiones.

### I. Introducción

1. El TJUE se ha posicionado una vez más como protector y garante de los derechos de los consumidores a la luz de la STJUE *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände -Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Deutsche Apotheker-und Ärztebank eG*<sup>1</sup>. Este asunto se funda en una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania (Oberlandesgericht Düsseldorf) fruto de la demanda planteada

<sup>1</sup> STJUE 25 junio 2020, asunto C-380/19, (EU:C:2020:498).

por la Federación de Organizaciones y Asociaciones de Consumidores -Federación de Organizaciones de Consumidores, Alemania- (*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV*) contra un banco cooperativo del sector de la salud con sede en Düsseldorf -*Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG* -, (en adelante, banco) por una presunta violación del deber de información a sus consumidores sobre la entidad ADR a la que estaba adherido para resolver los conflictos derivados de su actividad comercial en el ámbito financiero.

2. La duda que plantea el Tribunal remitente se ciñe a cuestionar el lugar y el modo en el que el banco debe ofrecer la información referente a la entidad de mediación en consumo a la que este estaba vinculado para la resolución de los conflictos con sus clientes. Concretamente se plantea si el hecho de publicar esta información obligatoria en su sitio web y no incluir dicha información en las condiciones generales de los contratos que utiliza con sus clientes es suficiente para cumplir con la normativa europea de información al consumidor. Así mismo, se plantea si el hecho de entregar dicha información en un documento separado en el momento de la firma del contrato cumpliría con la obligación establecida en el artículo 13 de la Directiva 2013/11.

3. Este trabajo pretende dar luz al desconocido y complejo mundo de la información precontractual obligatoria y pone en valor la importancia de una información adecuada sobre los métodos ADR disponibles para reclamar a cualquier entidad o comercio, ya que en muchas ocasiones se sitúa como única vía para el acceso a la justicia -alternativa- de los consumidores.

## II. El derecho a la información de los consumidores

4. El derecho a la información de los consumidores es un derecho básico<sup>2</sup> y consolidado. Podemos afirmar que las características de los contratos, sobre bienes o servicios adquiridos por los consumidores, deben estar perfectamente detalladas y pormenorizadas en los mismos. No obstante, el detalle de esta información contractual, así como la comprensibilidad de su lenguaje por parte de los consumidores medios y vulnerables sigue generando multitud de cuestiones prejudiciales en el TJUE. Ejemplo de ello son las cuestiones recientemente planteadas por los asuntos C-336/20<sup>3</sup> o el C-187/20<sup>4</sup>, pendientes actualmente ante el Tribunal de Justicia, y que versan sobre la información que deben contener los contratos de crédito al consumo a la luz de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, *relativa a los contratos de crédito al consumo* y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo<sup>5</sup>. Estas cuestiones son fruto de la complejidad de las cláusulas impuestas en los contratos de productos financieros, créditos al consumo o hipotecas. Y es que en la actualidad los consumidores deben hacer frente a técnicas mucho más agresivas en el tráfico comercial. Cuestión que se agudiza en los contratos celebrados a través del medio online o a distancia, a pesar del refuerzo en la legislación que tenemos ante estos retos<sup>6</sup>.

5. Este deber de información es básico para la prestación de un consentimiento libremente formado, exento de vicios y de buena fe. De este modo, el comerciante se sitúa como último responsable

---

<sup>2</sup> Así reza en el artículo 8 del TRLGDCU (antiguo artículo segundo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) sobre los derechos básicos de los consumidores y usuarios en su apartado d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

<sup>3</sup> Asunto *Bank 11 für Privatkunden und Handel GmbH*.

<sup>4</sup> Asunto *BMW Bank and Volkswagen Bank*.

<sup>5</sup> DOUE núm. 133, de 22 de mayo de 2008.

<sup>6</sup> Como por ejemplo la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores o la Directiva (UE) 2019/2161 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea. Ver más en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A0904\\_4](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A0904_4), visitado el día 6 de noviembre de 2020.

de la comprensión por parte del consumidor de toda la información precontractual, especialmente en los casos donde, de haber conocido el consumidor toda la información su voluntad a la hora de consentir el contrato podría haber sido diferente. Así, el comerciante tiene una doble obligación, por un lado, abstenerse de dar información errónea y por el otro, transmitir toda la información exigible<sup>7</sup>.

6. Dentro de esta información exigible, se nos plantean además dos escenarios donde el consumidor debe ser informado de los términos y condiciones del contrato. Por un lado, el escenario contractual, es decir, lo contenido e incluido en el contrato con la suficiente claridad y, por otro lado, en cuanto a la información obligatoria que legalmente es exigible. En este último escenario, es decir en la información obligatoria en determinados contratos de determinados sectores, hemos avanzado mucho en el ámbito europeo en los últimos años. Ejemplo de ello son los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible, en función de la naturaleza, características, duración, garantías, derecho de desistimiento y las personas a las que vaya dirigido el bien o servicio de manera clara y comprensible.

7. De esta manera, la extensión de esta información no queda circunscrita al ámbito del contrato, sino que se extiende al etiquetado, a las ofertas o a la información precontractual que permite a los consumidores ejercer eficazmente sus derechos. Concretamente en este trabajo pondremos el foco de atención en el modo de proporcionar la información, que permite a los consumidores ejercer sus derechos a través de la resolución alternativa de conflictos.

8. El derecho a la información podemos dividirlo en dos fases del contrato, por un lado, la fase precontractual que se encuentra especialmente regulada en la contratación a distancia y, por otro lado, la información contractual donde podemos advertir dentro de las condiciones generales de la contratación diversas cláusulas abusivas.

9. Así las cosas, fijado como uno de los últimos derechos reconocidos a los consumidores, gracias al impulso de la Unión Europea, la información precontractual es básica para la defensa de sus derechos, así como para el ejercicio del acceso a la justicia, ya sea a través de los tribunales ordinarios o a través de los métodos ADR -de resolución alternativa de conflictos-. Es importante recordar, que no cabe la renuncia de estos derechos por ser consideradas cláusulas abusivas aquellas que limitan o privan al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, recogido así por el artículo 3 -y anexo- de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*<sup>8</sup> y su transposición nacional en nuestro artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>9</sup>. Y es que tal y como afirma LOIS CABALLÉ “un consumidor informado es un consumidor protegido”<sup>10</sup>. Por ello, debemos poner en valor lo importantes que han sido los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>11</sup> respecto de la necesidad de transparencia sobre las cláusulas que conforman costes y gastos para el consumidor, especialmente en los últimos tiempos ante el maltratado consumidor financiero. De este modo, resulta una cuestión esencial la determinación de cuál debe ser el nivel de información necesaria proporcionada por el profesional al cliente-consumidor y el modo de

<sup>7</sup> M.A. ZURILLA CARIÑANA, “El Derecho Básico a la Información de los consumidores y usuarios: Luces y sombras de la legislación española”, en E. COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER, C. LUIZ STRAPAZZON, y M.A. ZURILLA CARIÑANA (Coord.), *Derechos básicos de los ciudadanos. Efectividad y grado de cumplimiento en los sistemas legales*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 100-101.

<sup>8</sup> DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993.

<sup>9</sup> BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

<sup>10</sup> A. LOIS CABALLÉ, “Venta a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento”, en P. PAJÍN ECHEVARRÍA (Coord.), *GPS de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 295-297.

<sup>11</sup> Como la STJUE 21 de diciembre de 2016 Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, donde se establece que el control de transparencia material se extiende a todas las cláusulas contractuales y alcanza también a la información precontractual que recibe el cliente consumidor.

facilitación de esta<sup>12</sup>. Prácticamente esta cuestión es la que se plantea en el reciente pronunciamiento del TJUE -que analizamos al final del trabajo- respecto a la información obligatoria contractual sobre la accesibilidad de la información relativa a los medios ADR a los que está sometida la empresa -de manera voluntaria o legalmente obligada- en virtud de la necesidad de información establecida para los comerciantes en el artículo 13 de la Directiva 2013/11 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE<sup>13</sup>.

**10.** En el presente trabajo nos centraremos en la importancia de la información sobre la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y posibles recursos a los que pueda estar sujeto el comerciante, así como el modo de tener acceso a los mismos<sup>14</sup>. Esta obligación de informar se estableció en un primer momento como requisito de información necesario en la fase precontractual de los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial a través de la Directiva 2011/83/UE<sup>15</sup>. Es decir, esta información debe prestarse al consumidor antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, donde el comerciante le debe facilitar de forma clara y comprensible esta información. Además, el comerciante está obligado a proporcionar otras informaciones como las características principales de los bienes o servicios, la identidad del comerciante; la dirección geográfica del establecimiento y los datos del mismo; el precio total; el coste de la utilización de las comunicaciones; los procedimientos de pago y entrega; la forma de ejecución del derecho de desistimiento; los costes de devolución; la garantía; el servicio posventa, informar si está adherido a algún código de conducta; la duración del contrato o su prórroga automática; la duración mínima de las obligaciones; las condiciones de los depósitos o garantías financieras de las que deba hacerse cargo el consumidor, así como los contenidos digitales disponibles y su interoperabilidad.

**11.** La etapa precontractual en el ámbito del consumo ha sido protegida desde las diferentes directivas europeas, aunque no se ha legislado de manera homogénea para todas las tipologías de contratos. De este modo, podemos ver cómo en la Directiva 2014/17/Unión Europea de 4 de febrero de 2014, *sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*<sup>16</sup>, se le da especial importancia a la información precontractual ofrecida a los clientes hipotecarios, que deberá ofrecérsese de manera personalizada y pormenorizada. Incluso en estos casos se ha articulado la llamada FEIN -Ficha Europea de Información Normalizada-, que detalla los datos oficiales que las entidades financieras tienen que entregar a los clientes que vayan a solicitar la concesión de un préstamo hipotecario con ellas, es decir, antes de la formalización del contrato. Así se delimitan las cuestiones más importantes de la hipoteca que obligatoriamente deben ser facilitadas en un documento, de fácil comprensión, a los futuros prestatarios donde se incluyen las cuestiones respecto a la reclamación extrajudicial de conflictos que pudiese darse con la entidad<sup>17</sup>. También se protege especialmente el

<sup>12</sup> C.C. CASTILLO MARTÍNEZ, *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 34 -25.

<sup>13</sup> DOUE núm. 165, de 18 de junio de 2013.

<sup>14</sup> Artículo 6.1.f) de la Directiva 2011/83/Unión Europea.

<sup>15</sup> Ver más en el DOCUMENTO DE ORIENTACIÓN DE LA DG JUSTICIA relativo a 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 de junio de 2014 y MENDOZA LOSANA, A.I., "Información precontractual en la directiva 2011/83 novedades, exigencias y carencias", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, N°1/2012, pp. 22-28.

<sup>16</sup> y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010. DOUE núm. 305, de 24 de octubre de 2014.

<sup>17</sup> Según figura en el anexo de la citada Directiva, en la FEIN debe aparecer la siguiente información: Si tiene una reclamación, dirijase a [insértense los datos del punto de contacto interno y la fuente de información sobre el procedimiento]. (Si ha lugar) Plazo máximo para la tramitación de la reclamación: [período de tiempo]. (Si ha lugar) [Si no resolvemos internamente la reclamación a su entera satisfacción,] puede usted dirigirse a: [insértense el nombre del organismo externo que se ocupe de las reclamaciones y recursos extrajudiciales] (si ha lugar) o ponerse en contacto con la red FIN-NET para obtener las señas del organismo equivalente en su país.

derecho de información precontractual en los contratos a distancia<sup>18</sup> tal y como comentábamos supra o en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico<sup>19</sup>.

12. De esta manera, la falta de transparencia o de suficiente información precontractual puede llevar al tribunal a dictar el carácter abusivo de una condición general que regule un elemento esencial del contrato por falta de transparencia. Ésta será apreciada cuando falte la información adecuada por parte del comerciante sobre la existencia y trascendencia de una cláusula contractual perjudicial para el consumidor. Por ello, la falta de transparencia no deriva únicamente de una oscuridad interna, (gramatical o documental) sino de la insuficiencia de la información, dada la trascendencia de tal cláusula en el entramado y desarrollo jurídico y económico del negocio. Por ello, las cláusulas generales exigen al comerciante un plus de información sobre elementos esenciales del contrato, que permitan al consumidor poder adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, sin necesidad de un examen exhaustivo y pormenorizado del contrato<sup>20</sup>. Tanto es así que el Tribunal Supremo ha determinado en la STS 25/2018 de 17 enero<sup>21</sup> que la información precontractual es la que permite realmente al consumidor comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. En esta misma sentencia se cita más jurisprudencia del TJUE en la que se ha abordado la información del consumidor en contratos de crédito<sup>22</sup>. En ella, el magistrado VELA entiende a tenor de estas resoluciones, que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

13. En definitiva, el derecho de información al consumidor ha conquistado una posición preeminente en la regulación comunitaria sobre todo tras la transposición de la Directiva 2011/83/UE, no confinada o reducida a la perspectiva precontractual o contractual, sino que se ha incluido de una manera transversal y específica atendiendo a las necesidades de los consumidores. En cierta medida, ahora se confía en una perspectiva global e integradora del derecho a la información como derecho de los consumidores y usuarios frente al acto de consumo en general y de cuya efectividad han de velar los poderes públicos, quienes asegurarán que éstos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado tal y como cita el artículo 17 del TRLGDCU<sup>23</sup>.

### III. El derecho de información de recurrir a un mecanismo de reclamación no judicial

14. Los métodos o procedimientos de resolución alternativa de conflictos suponen, una vía de acceso a la justicia para la población en general y concretamente más para los consumidores. Y es que esta justicia alternativa cobra aún más sentido cuando la aplicamos en el ámbito de consumo debido a la escasa cuantía de las reclamaciones y a la sencillez en el trámite de estos mecanismos.

<sup>18</sup> Ver más en: J.R. GARCÍA VICENTE, “Los Contratos Celebrados A Distancia”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), N. MORALEJO IMBERNÓN, y S. QUICIOS MOLINA, (Coord.), *Tratado de contratos*, Tomo I, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1934-1935.

<sup>19</sup> Ver más en: L. COSTAS RODAL, “Contratos de cesión temporal de uso y disfrute”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), N. MORALEJO IMBERNÓN, y S. QUICIOS MOLINA (Coord.), *Tratado de contratos*, Tomo I, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3464-3467.

<sup>20</sup> G., CARUANA FONT DE MORA, “La contratación por condiciones no negociadas con el consumidor”, en P. PAJÍN ECHEVARRÍA(Coord.), *GPS de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 573.

<sup>21</sup> B.D. Aranzadi RJ 2018\34.

<sup>22</sup> Las citadas son la STJUE 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93), asunto C-92/11, caso *RWE Vertrieb*; STJUE 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), asunto C-26/13, caso *Kásler y Káslerne Rába*; 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015, 93), asunto C-143/13, caso *Matei y Matei* y STJUE 23 de abril de 2015 (TJCE 2015, 179), asunto C-96/14, caso *Van Hove*.

<sup>23</sup> N. ÁLVAREZ LATA, “Información al consumidor, prácticas comerciales y publicidad”, en M. BUSTO LAGO (Coord.), *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*, 4ª ed., Thomson Reuters, enero 2020, RB-2.1.

**15.** Estos mecanismos de resolución alternativa de litigios (en adelante, ADR) -*Alternative Dispute Resolution*- se caracterizan por su fácil accesibilidad, su ágil tramitación y su bajo coste, si lo comparamos con los sistemas de justicia ordinarios dirigidos por los jueces y tribunales. Cuando hablamos de ADR generalmente son sistemas basados en la voluntariedad de las partes y esto, trasladado al ámbito del consumo donde nos encontramos, significa que tanto el consumidor como el comerciante deben voluntariamente someterse a un procedimiento ADR para solventar el conflicto. En este punto encontramos diversas dificultades tanto por parte del comerciante, como por parte del consumidor. Del lado del consumidor debemos poner de relieve el desconocimiento general de la ciudadanía sobre la existencia de estas vías de reclamación. Especialmente, en países de poca tradición de justicia alternativa donde podemos incluir a España. Es entonces cuando nos encontramos con pocas entidades dedicadas al ADR, fundamentalmente debido al desconocimiento sobre los mismos que tiene la población mayoritaria. En muchas ocasiones esto se debe a la poca implicación que tienen las administraciones públicas en su impulso, que deberían informar y formar a la ciudadanía en estas vías, tanto o más de lo que se hace sobre la vía judicial, incluso desde la educación secundaria obligatoria.

**16.** Es por ello por lo que aún nos queda mucho por avanzar en el ámbito de los ADR de consumo, que pueden adoptar diversas formas, desde la negociación inicial del empresario con el consumidor, pasando por una mediación o intermediación, muy usuales en nuestro país en el ámbito hipotecario, una conciliación o un arbitraje. El arbitraje es el método más utilizado en nuestro país para la resolución alternativa de litigios debido a nuestra apuesta por el institucionalizado Sistema Arbitral de Consumo, un sistema público y gratuito tanto para el consumidor como para el empresario, pero que cada vez es menos utilizado debido a la falta de información de la población. Todo ello, sin dejar atrás el sistema ombudsman, no utilizado en nuestro país, pero con una fuerte tradición histórica en los países escandinavos e Inglaterra.

**17.** Con esta motivación la Comisión Europea y el Parlamento Europeo impulsaron especialmente para las adquisiciones de bienes a distancia o fuera del establecimiento comercial la obligatoriedad de informar al consumidor sobre la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo a través del artículo 6.1.t) de la Directiva 2011/83/Unión Europea, anteriormente comentada. Sin embargo, esta obligatoriedad no quedó ahí y se impuso para el resto de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, solo dos años más tarde a través de la Directiva 2013/11 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante, Directiva 2013/11).

**18.** En la exposición de motivos de esta Directiva se estableció la necesidad de que los consumidores, cuando les surja un conflicto con un comerciante de la Unión Europea, puedan identificar rápidamente qué entidades de resolución alternativa son competentes para tratar su reclamación y saber si el comerciante afectado participará o no en el procedimiento sometido a una entidad de resolución alternativa. Por ello, constriñe a los comerciantes a que se comprometan a recurrir a tales entidades para la resolución de litigios con los consumidores, así como a informar a los consumidores sobre, al menos, la dirección del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa que les amparen. Además, dicha información se debe facilitar de forma clara, comprensible y fácilmente accesible en el sitio web del comerciante cuando exista y, en su caso, en las condiciones generales de los contratos de compraventa de mercancías o prestación de servicios entre el comerciante y los consumidores<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> A. CUENCA GARCÍA, “Los principios de transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del parlamento europeo y del consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español”, en G. PALAU MORENO (Ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 42-43.

Así las cosas, los comerciantes deben incluir en sus sitios web, y en las condiciones generales del contrato de que se trate, cualquier información complementaria sobre sus procedimientos internos de tramitación de reclamaciones o sobre cualesquiera otros modos de entrar en contacto directo con ellos, con miras a la resolución de litigios con los consumidores sin remitirlos a una entidad de resolución alternativa.

Y para los casos en los que el litigio no pudiese resolverse de forma directa por el comerciante a través de una breve negociación, este deberá facilitar al consumidor, en papel o en cualquier otro soporte duradero, información sobre las entidades de resolución alternativa correspondientes y precisar si recurrirá a ellas. Concretamente, en este punto es donde se ha detenido el TJUE tras una cuestión prejudicial planteada por Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände -Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG que posteriormente analizaremos.

**19.** Además, tal y como apunta la Directiva 2013/11, la obligación de los comerciantes de informar a los consumidores acerca de las entidades de resolución alternativa que amparan a dichos comerciantes debe entenderse sin perjuicio de la obligación de información a los consumidores acerca de los procedimientos de recurso extrajudicial establecidos en otros actos jurídicos de la Unión que deban aplicarse. Por lo tanto, podemos distinguir una doble información. Por un lado, la información acerca de las entidades ADR a las que el comerciante está sometido, y por otro la información sobre la existencia de mecanismos ADR en el ámbito de la Unión Europea como pueden ser la plataforma de ODR de consumo<sup>25</sup>, la red Fin-Net<sup>26</sup>, Centros Europeos del Consumidor<sup>27</sup> (CEC), entre otros.

**20.** Sin embargo, la Directiva 2013/11 no exige que la participación de los comerciantes en procedimientos de resolución alternativa sea obligatoria o que el resultado de dichos procedimientos sea vinculante para los comerciantes cuando un consumidor haya presentado una reclamación contra ellos. No obstante, la citada Directiva no contempla los casos donde existan normas nacionales que hagan obligatoria la participación de los comerciantes de determinados sectores en dichos procedimientos, ni la incentive, sancione o les obliga a aceptar su resultado. El único requisito que siempre va a exigir la normativa europea es que dichas normas no impidan a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal como establece el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es decir, siempre que tanto comerciante como consumidor puedan acudir posteriormente a la vía judicial, en los casos en los que la vía extrajudicial no les sea satisfactoria.

Si bien, con el fin de garantizar que los consumidores tengan una vía de recurso y que no se vean obligados a renunciar a sus reclamaciones, esta Directiva anima a los comerciantes, en la medida de lo posible, a que participen en procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

#### IV. Los ADR de consumo en la Unión Europea

**21.** Llegados a este punto debemos situar a la Unión Europea como gran artífice e impulsora de los *Alternative Dispute Resolution* (ADR), o su traducción al español mecanismos de resolución alternativa de litigios en el ámbito del consumo en todo el espacio económico europeo<sup>28</sup>.

**22.** Es importante distinguir dos momentos esenciales en el desarrollo e impulso de los ADR de consumo por parte de la Unión Europea. En un primer momento, sobre la década de los ochenta y

<sup>25</sup> Disponible en: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>, visitada el día 20 de noviembre de 2020.

<sup>26</sup> Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net\\_es](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net_es), visitada el día 20 de noviembre de 2020.

<sup>27</sup> Versión española disponible en: <https://cec.consumo.gob.es/CEC/web/home/index.htm>, visitada el día 20 de noviembre de 2020.

<sup>28</sup> Podemos situar como primer hito en esta materia el Coloquio sobre los medios judiciales y cuasi-judiciales para la protección de los consumidores, organizado por la Comisión Europea en 1975.

noventa, de la mano del surgimiento del movimiento consumerista<sup>29</sup>, con la motivación de facilitar el acceso a los consumidores a una justicia sencilla y flexible para que pudiesen ejercerla de manera efectiva, sin trabas judiciales o *quotas litis* que disuadiesen las reclamaciones de consumo<sup>30</sup>. Y en un segundo momento, desde inicios del siglo XXI, donde distinguimos un punto de inflexión en la motivación para el impulso de los ADR de consumo, a través de la creación del espacio económico de libre comercio donde los ADR de consumo se utilizarían fundamentalmente para fomentar la confianza de los consumidores ciudadanos europeos en los comerciantes sitos en cualquier país de la Unión Europea, es decir aumentar la certidumbre de los consumidores<sup>31</sup> para que realicen compras transfronterizas dentro del mercado único<sup>32</sup>. Actualmente vivimos inmersos en este cambio de tendencia, donde lo que la Unión Europea pretende es animar e incitar al comercio tanto físico como presencial de la ciudadanía europea, asistiéndolos de una suerte de justicia alternativa para los casos en los que los consumidores tengan algún tipo de reclamación o problema con los comerciantes europeos.

**23.** Así las cosas, en virtud de estas motivaciones entran en vigor los dos instrumentos más importantes en materia de tutela extrajudicial de consumo de la Unión Europea hasta el momento como son la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* y el Reglamento 524/2013 *sobre resolución alternativa de conflictos en línea*<sup>33</sup>. Estos instrumentos vienen a reequilibrar el desfase entre el reconocimiento de derechos sustantivos en materia de consumo desde los años noventa<sup>34</sup> con la falta de derechos procesales para ejercer estos derechos de los consumidores. Aunque tal y como nos está mostrando la experiencia, estos mecanismos no son tan efectivos como se muestran, ya que la legislación se quedó corta a la hora de regular, ejemplo de ello es la plataforma ODR de la Unión Europea creada por la Comisión Europea en febrero de 2015<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> G., PALAO MORENO, “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en M.J. REYES LÓPEZ (Coord.), *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 47-48. Y, L. M. MIRANDA SERRANO y M. PANIAGUA ZURERA, “La Protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”, en L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Coord.), *Derecho (Privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 37.

<sup>30</sup> Ejemplo de ello fue la creación del Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único de 1993, donde se establecieron los cimientos del sistema que hoy disfrutamos. (COM (93) 576 final, de 16 de noviembre de 1993).

<sup>31</sup> Donde ya se avanzaba a mecanismos de defensa de los consumidores más complejos y avanzados como fueron los primeros pasos de la defensa colectiva de los consumidores a través de la Directiva 98/27/CE *sobre Reclamaciones Colectivas De Consumo*, posteriormente modificada del Libro Verde *sobre el recurso colectivo de los consumidores* (COM (2008) 0794 final) o de la acción de cesación a través de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, *sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*. Entre otros, que no solo protegían los derechos de los consumidores sino también de los comerciantes ante la competencia desleal como el Libro Blanco de *Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* (COM (2008) 165 final).

<sup>32</sup> Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento» [COM (2012) 225 final]

<sup>33</sup> DOUE núm. 165, de 18 de junio de 2013.

<sup>34</sup> Ejemplo de ello son, por ejemplo: la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158 de 23. 6. 1990, p. 59); la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (DO L 113 de 30. 4. 1992, p. 13); la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95 de 21. 4. 1993, p. 29); la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280 de 29. 10. 1994, p. 83); la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4. 6. 1997, p. 19); la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores

<sup>35</sup> Ver mas sobre esta cuestión en: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y del Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, Bruselas, 25 de septiembre de 2019, COMISIÓN (2019) 425 final.

## 1. ADR de consumo ¿Voluntarios?

24. Es por todos conocido que una de las características esenciales de los ADR es el sometimiento voluntario por las partes a esta serie de métodos. Al contrario de lo que ocurre con los procesos judiciales, donde una de las contrapartes se ve obligada a someterse a una decisión judicial, aún cuando esta reniegue o no quiera someterse al mismo. Podemos decir que la característica más importante de los métodos ADR es la libertad de las partes para someterse voluntariamente a cualquier ADR, desde la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje, incluso en los llamados ADR híbridos como son las fórmulas *med-arb* o *med-con*, entre otras<sup>36</sup>. Sin embargo, esta voluntariedad podría eludirse de manera excepcional por motivos de prevalencia de los intereses públicos<sup>37</sup>.

De este modo, en virtud de estos intereses públicos, de los consumidores en general y que imperan sobre los intereses puramente privados de los comerciantes, se ha podido eliminar este requisito *sine qua non* que suponía la voluntariedad de ambas partes para someterse a este tipo de procedimientos como veremos más adelante.

25. En la primera etapa de promoción de los ADR de consumo en la Unión Europea, entre las décadas de los ochenta y noventa, la adhesión a este tipo de instrumentos se planteaba como puramente voluntaria para las partes, a pesar del desequilibrio de las fuerzas entre los comerciantes y los consumidores.

Así las cosas, el legislador europeo pronto empezó a darse cuenta de que, aunque la utilización de los ADR de consumo suponía un símbolo de confianza y marketing para el comerciante y que esto haría que los consumidores apostasen por esas empresas para realizar sus compras, los ADR y su voluntariedad hacía que muy pocos comerciantes eligiesen a estas entidades para la resolución de conflictos<sup>38</sup>. Sobre todo, en países donde la tradición histórica o la idiosincrasia en los ADR de consumo era prácticamente nula o inexistente.

26. Llegados a este punto la Unión Europea podría haber optado por un camino legislativo que impulsase los ADR de consumo a través de incentivos fiscales o sellos de confianza europeos que permitiese a los comerciantes conocer los beneficios del uso de los ADR<sup>39</sup>. Es decir, aunque estos se adhiriesen por puro interés fiscal o para mejorar o posicionar su imagen comercial, pudiesen entender, a través de su experiencia propia, de la importancia y los beneficios del uso de este tipo de mecanismos para resolver sus conflictos<sup>40</sup>.

En cambio, la Unión Europea decidió optar por la desnaturalización de la voluntariedad<sup>41</sup> para someterse a los ADR en algunos sectores con una alta litigiosidad. Principalmente se ha legislado en este sentido en sectores que prestan servicios esenciales para los consumidores. Así las cosas, los prestadores de ciertos servicios están obligados a someterse a una entidad ADR como el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales<sup>42</sup>, se reguló el proceso de reclamación

<sup>36</sup> A.E. VILALTA NICUESA, *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 300.

<sup>37</sup> Ver más en profundidad este aspecto en: S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p.39.

<sup>38</sup> C., HODGES, "Consumer Ombudsmen: Better Regulation and Dispute Resolution", *ERA Forum*, 15, (2014), pp. 595-596. <https://doi.org/10.1007/s12027-014-0366-8>

<sup>39</sup> Ver la repercusión positiva del uso de los ADR de consumo en el estudio publicado recientemente por C., WILLIAMS, J., GILL, N. CREUTZFELDT, N. VIVIAN, "Participation as a Framework for Analysing Consumers' Experiences of Alternative Dispute Resolution (ADR)", *Journal Of Law And Society*, Volume 47, Number 2, June 2020, pp. 271-97.

<sup>40</sup> P. CORTÉS, *The law of consumer redress in an evolving digital market*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 207-208

<sup>41</sup> Ver más en profundidad este aspecto en: S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 68 y 71.

<sup>42</sup> En virtud del artículo 34.1 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 *relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (Directiva de servicio universal), DOCE núm. 108, de 24 de abril de 2002.

en servicios postales<sup>43</sup> o se designó por cada Estado miembro a una autoridad reguladora en el ámbito del mercado interior de la electricidad, quien en su calidad de organismo competente en la resolución de conflictos, emitirá una decisión en los dos meses siguientes a la recepción de cualquier reclamación de cualquier consumidor<sup>44</sup>. Sin embargo, no se han regulado todos los sectores esenciales, por lo que todavía queda mucho camino por avanzar en este sentido<sup>45</sup>.

27. Para otros sectores, que la Unión Europea ha entendido como “menos esenciales”, simplemente se les ha animado o incitado a utilizar los ADR de consumo a través de las diferentes directivas, como es el sector del comercio electrónico<sup>46</sup> o los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico<sup>47</sup>. Del mismo modo que ha ocurrido con los servicios financieros, donde tampoco se les obliga a adherirse a un ADR sino simplemente a informar al consumidor si están o no adheridos a una entidad ADR<sup>48</sup>.

28. No obstante, en algunas legislaciones nacionales también se obliga a determinados sectores a someterse a ADR para resolver los conflictos con sus consumidores. Por ejemplo, en la legislación alemana, las reclamaciones de la aviación comercial quedan sometidas obligatoriamente al ADR<sup>49</sup>, entre otros. Sin embargo, España no cuenta con ninguna legislación nacional que obligue al uso de los ADR a un sector concreto<sup>50</sup> y una vez más vamos a remolque de lo que la Unión Europea nos impulse en esta materia.

## 2. El derecho del consumidor a la información sobre el ADR

29. Así las cosas, la norma que más ha revolucionado la voluntariedad, la información al consumidor sobre los métodos ADR y la vinculación por parte de las empresas a este tipo de entidades de

<sup>43</sup> En virtud del artículo 13 de la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios DOUE núm. 52, de 27 de febrero de 2008.

<sup>44</sup> En virtud de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

<sup>45</sup> Por ejemplo, no es obligatorio el sometimiento a una entidad ADR para las entidades bancarias a pesar de la alta litigiosidad de este sector esencial para la ciudadanía y de la necesidad de acceder a esta vía alternativa para sus clientes. No obstante, en la actualidad la mayoría de las entidades se encuentran sometidas al defensor del cliente bancario, figura que es totalmente privada y depende económicamente, en la mayoría de los casos, de las entidades bancarias. Ver más en: A.I. BLANCO GARCÍA, *La tutela del cliente bancario y las ADR: la Institución del Ombudsman*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 229-230

<sup>46</sup> A través 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). DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000. Concretamente en su artículo 17, que se afianzaría tras la puesta en marcha de la plataforma ODR creada por la Comisión Europea en virtud del Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

<sup>47</sup> A través de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, en su artículo 14. DOUE núm. 33, de 3 de febrero de 2009.

<sup>48</sup> En virtud de 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.º 1093/2010. DOUE núm. 337, de 23 de diciembre de 2015.

<sup>49</sup> La Ley de Conciliación en el Sector de la Aviación de 2013 (*Gesetz zur Schlichtung im Luftverkehr*) crea SOP Ver en: <https://soep-online.de/en/>, visitado el día 6 de diciembre de 2020.

<sup>50</sup> No obstante, está previsto que la EASA actúe como entidad ADR con resoluciones vinculantes en el ámbito aéreo comercial en virtud de la reciente Disposición final tercera de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea en sus artículos 45 bis y 62 bis. Aunque todavía no se ha puesto en marcha. BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.

resolución de litigios ha sido la Directiva 2013/11/UE que citábamos *supra*. En ella, se establece como obligación para todos los comerciantes, que estén situados en la Unión Europea, informen a los consumidores acerca de la entidad o entidades de resolución alternativa que den cobertura a dichos comerciantes. Todo ello, sin diferenciar si estos están sometidos de manera voluntaria o legalmente obligados a recurrir a dichas entidades para resolver litigios con los consumidores. Además, la norma no se queda ahí, sino que también obliga a que dicha información incluya la dirección del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa pertinentes.

**30.** En este punto, se establece un importante punto de inflexión, donde el legislador, no solo se preocupa de que los comerciantes se adhieran a este tipo de entidades, sino que el consumidor conozca esta circunstancia. Ya que, en muchas ocasiones, aun estando el comerciante sometido a una entidad ADR bien voluntariamente, bien porque así se lo exija el sector o el código de conducta al que esté adherido, o bien porque así se lo exija la legislación, los consumidores, a la hora de realizar una reclamación con el comerciante, en la mayoría de los casos desconocía totalmente la existencia de esta herramienta para solventar el conflicto si no fuese porque el propio comerciante le ofreciese tal vía. Es decir, es prácticamente imposible conocer a qué entidad ADR está adherida la empresa contra la que se reclama, debido al gran volumen de entidades ADR disponibles que operan a nivel internacional.

**31.** Tanto es así, que solo en la plataforma ODR creada por la Comisión Europea en febrero de 2015 existen 466 entidades acreditadas<sup>51</sup> por los países miembros para resolver conflictos entre comerciantes y consumidores situados en el mercado único. Por ello el legislador puso el acento en poner a disposición del consumidor la información sobre la entidad a la que está adherido el comerciante, así como que esta información deberá aparecer de manera clara, comprensible y fácilmente accesible en el sitio web del comerciante, si lo hubiere, y, si procede, en las condiciones generales aplicables a los contratos de compraventa o de servicios entre el comerciante y el consumidor.

**32.** Posiblemente este sea el apartado que más quebraderos de cabeza está dando al TJUE, ya que no está claramente redactado y tampoco es demasiado concluyente. Sin embargo, el TJUE se ha posicionado protegiendo de los derechos de los consumidores en la STJUE *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG*<sup>52</sup>.

**33.** Así las cosas, el motivo pivotante del conflicto fue las malas o erróneas prácticas llevadas a cabo por la entidad financiera en materia de comunicación a los consumidores, concretamente respecto de la información sobre la posibilidad de acceder a la resolución alternativa de litigios ante sus reclamaciones. Esta cuestión radica en que a pesar de que el banco cooperativo, ofreció la información referente a la entidad de mediación en consumo a la que está vinculado para la resolución de conflictos en su sitio web, no incluyó dicha información en las condiciones generales de los contratos que el comerciante utiliza. Esto pudo ser comprobado a través de la descarga de las condiciones generales de los contratos que el banco celebraba con sus consumidores disponibles en la propia web del banco en formato PDF.

No obstante, tal y como se establece en la sentencia, tras la celebración de un contrato junto con las condiciones generales controvertidas, el consumidor estaría recibiendo un documento anexo con las condiciones tarifarias establecidas por el banco y al dorso de estas se estaría informando al consumidor de que el banco se compromete a someterse a un procedimiento de resolución de litigios. Sin embargo, la Federación demandante consideró que el lugar donde se facilitaba esta información no era el apro-

---

<sup>51</sup> Por cumplir con los requisitos y los estándares de calidad establecidos en los artículos 6-12 de la Directiva 2013/11. En virtud de las transposiciones a las legislaciones nacionales de la citada Directiva, aunque los Estados han podido aumentar los requisitos y los estándares mínimos establecidos por aquella. La cifra de 466 entidades fue revisada a día 7 de diciembre de 2020, antes de la salida de las entidades radicadas en Reino Unido. Disponible en: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>, visitada el 7 de diciembre de 2020.

<sup>52</sup> Es importante indicar que en este caso no se han presentado conclusiones del Abogado General, posiblemente debido a la claridad en la letra de la Directiva 2013/11 y por ello este haya declinado aportar conclusiones al asunto.

piado, ni el legalmente establecido para ello. Por ello inició una acción de cesación en su práctica de no indicar en las condiciones generales controvertidas que se compromete o está obligada a someterse a un procedimiento de resolución de litigios ante una entidad de mediación en materia de consumo.

En primera instancia se desestimó el recurso por entender que esta información será exigible al comerciante siempre que este utilice condiciones generales en sus contratos. Sin embargo, el mero hecho de tener públicamente disponibles las condiciones generales de sus contratos en su sitio web no equivale a que este las utilice. Todo ello, además de entender que el hecho de entregar al consumidor en el momento de celebrar el contrato la información objeto del debate, cumple con la legislación alemana que transpone la Directiva 2013/11. A pesar de que la legislación alemana establece que la controvertida información debe facilitarse al consumidor “junto con” las condiciones generales utilizadas por el comerciante, transponiendo el artículo 13 de la Directiva 2013/11 que establece que tal información debe figurar, “en” las condiciones generales si estas estuviesen presentes en el contrato.

Sin embargo, en segunda instancia, tras la apelación por parte del demandante, el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf decidió remitir una cuestión prejudicial al TSJUE.

En definitiva se plantea si era suficiente con que el comerciante presente la información en otros documentos accesibles en el sitio web o en otros documentos anexos al documento principal donde se reflejan las condiciones generales del contrato en el momento de la celebración del mismo, o si por el contrario, el comerciante está obligado a hacer constar en esas condiciones generales la información relativa a la entidad o entidades de ADR que den cobertura a dicho comerciante, cuando este se comprometa a acudir a tales entidades o esté obligado a acudir a ellas.

**34.** El TJUE se centró en la interpretación del tan comentado artículo 13 de la Directiva 2013/11 además de su relación con el espíritu de la norma. Por ello se dedicó a analizar en primer lugar los considerandos de la Directiva, para no interpretar solo un artículo independientemente de la norma, sino teniendo en cuenta su contexto y los objetivos perseguidos<sup>53</sup>. Así, profundiza en la voluntad de los Considerandos 1, 2, 5, 7 y 47 de la norma, donde se desprende que el objetivo prioritario de esta es lograr un alto nivel de protección del consumidor, garantizando que los consumidores puedan, si lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios. Así mismo, se desprende que para hacer uso de estos mecanismos ADR, los consumidores deberán estar informados, para que cuando surja un conflicto, los consumidores puedan identificar rápidamente qué entidades de resolución alternativa son competentes para tratar su reclamación y saber si el comerciante afectado participará o no en el procedimiento sometido a una entidad de resolución alternativa.

**35.** Tal y como hemos venido argumentando, en este caso el banco cumplía con el 50% de la obligación que impone el artículo 13.2 de la Directiva 2013/11 al figurar esta información controvertida en el sitio web del banco. En este caso, se puntualiza por el TJUE que esta obligación es independiente de si este celebra contratos con sus consumidores a través del sitio web o no, cuestión que se plantea en el escrito del Tribunal remitente. La obligación de establecer esta información en el sitio web resulta desde el momento en el que el comerciante tenga sitio web oficial.

**36.** La cuestión controvertida en este caso la plantea la expresión del citado artículo “y, si procede en las condiciones generales aplicables a los contratos de compraventa o de servicios entre el comerciante y el consumidor”. Argumento que el TJUE establece como sumatorio al de que la información esté disponible en el sitio web del comerciante. Y en este punto, la STJUE en su pronunciamiento 30 es

---

<sup>53</sup> El TJUE en su amplia jurisprudencia ha tenido en cuenta para la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, no solo el tenor de esta, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la legislación de la que forma parte. Ejemplo de ello son las STJUE 15 de octubre de 2014, *Hořtická y otros*, C-561/13, EU:C:2014:2287, apartado 29 y jurisprudencia citada, la STJUE 19 de septiembre de 2018, *González Castro*, C-41/17, EU:C:2018:736, apartado 39 y jurisprudencia citada. Además de incidir en la STJUE 8 de mayo de 2019, *Inspecteur van de Belastingdienst*, C-631/17, EU:C:2019:381, apartado 29 y jurisprudencia que la génesis de una disposición del Derecho de la Unión también puede ofrecer elementos pertinentes para su interpretación como ocurrió con la STJUE 3 de octubre de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, apartado 50 y jurisprudencia citada.

muy clara al indicar que la obligación de información que dicha disposición establece no se cumple si el comerciante que muestra las condiciones generales en su sitio web no hace constar en ellas la referida información, sino que la presenta en otro lugar en dicho sitio, por lo que condenó al banco a incluir esta información dentro de las condiciones generales de sus contratos.

37. Aunque el Tribunal remitente se centró en la solicitud en la interpretación del artículo 13 de la Directiva 2013/11 anteriormente comentado. Sin mencionar ninguna otra norma más. El TJUE, en un alarde de amplio conocimiento de la normativa europea, le refresca la memoria al Tribunal remitente referenciando la Directiva 2011/83 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<sup>54</sup>. Concretamente el TJUE hace referencia al artículo 6 apartado 1, letra t), de la citada Directiva donde se establece que “antes” de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, debe ser informado de la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo. De este modo, el consumidor podrá decidir si desea vincularse con el comerciante y sitúa a esta información como necesaria para la ejecución del contrato y sobre todo para realizar un ejercicio efectivo de sus derechos, tal y como analizábamos en el apartado sobre la información precontractual.

38. Quizá en este punto podamos advertir cierta incongruencia por *extra-petitum* del TJUE, ya que en ningún momento se le pregunta por la información precontractual, ni tampoco se le informa de si este tipo de contratos son ofertados por la entidad para realizarlos a distancia. A pesar de que queda claro que el banco no da la posibilidad de realizarlo de forma online desde la web, pero hay silencio en cuanto a si era posible contratar a distancia con el banco.

39. Si bien es cierto que el Tribunal se apoya para extender la cuestión planteada, en que esta información no solo debe ser obligatoria en el momento de la firma del contrato, sino que también es obligada ofrecerla en la etapa precontractual. De este modo se ha dispuesto en cuestiones anteriormente planteadas ante el TJUE con un cariz similar al asunto planteado, sobre todo desde el sector bancario o en el comercio online<sup>55</sup>. Así las cosas, el TJUE sienta que no basta con que dicho comerciante presente esa información en otros documentos accesibles en el referido sitio, en otros desplegables de este o facilite al consumidor tal información en el momento de la celebración del contrato sujeto a las referidas condiciones generales a través de un documento distinto de estas.

## V. Conclusiones

40. El TJUE una vez más se posiciona como uno de los máximos garantes de los derechos de los consumidores a través de una interpretación extensiva de la norma en sentido pro-consumidor. De esta manera, el Alto Tribunal pretende reequilibrar las fuerzas en la balanza consumidores vs comerciantes. Incluso es acertado concluir que el TJUE garantiza y blinda los derechos de los consumidores más de lo que lo hacen los propios Estados miembros, en sus transposiciones, en la mayoría de las ocasiones descafeinadas, de la normativa europea.

41. En clave nacional, debemos destacar nuestra la claridad normativa a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, *por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE*,

<sup>54</sup> DOUE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.

<sup>55</sup> Ejemplo de ello son la STJUE 18 de diciembre de 2014, *CA Consumer Finance*, C-449/13, EU:C:2014:2464, apartado 46, la STJUE sentencia de 10 de julio de 2019, *Amazon EU*, C-649/17, EU:C:2019:576, apartado 43 y jurisprudencia citada y la STJUE 23 de enero de 2019, *Walbusch Walter Busch*, C-430/17, EU:C:2019:47.

*del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*<sup>56</sup>. Si bien es cierto que fuimos uno de los países que más tardó en transponer la citada Directiva, pero sobre el particular que aquí nos ocupa podemos presumir de amplia claridad ya que los artículos 40 y 41 sobre la obligación de información de los empresarios sobre las entidades acreditadas y el régimen sancionador sobre el incumplimiento de la obligación de información de los empresarios son muy completos y pormenorizados. No obstante, nos surge la duda de si realmente está siendo cumplida por la totalidad de los comerciantes.

---

<sup>56</sup> BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017

¿PUEDEN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PRONUNCIARSE  
SOBRE LOS DERECHOS DE CUSTODIA DE UNA MENOR  
RESIDENTE EN ECUADOR? COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA 468/2020,  
DE 23 DE JULIO DE 2020

CAN THE SPANISH COURTS RULE ON THE CUSTODY RIGHTS  
OF A MINOR RESIDENT IN ECUADOR? COMMENTARY  
ON THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL COURT OF  
BARCELONA 468/2020 OF 23 JULY 2020

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

Recibido: 12.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5993>

**Resumen:** Una madre de nacionalidad ecuatoriana y residente en España solicita ante los órganos jurisdiccionales españoles la custodia sobre su hija que reside en Ecuador, cuidada por su abuela materna. El juzgado de instancia considera que no tiene competencia para conocer de este procedimiento, para lo que de forma incomprensible alega el artículo 10 del Convenio de La Haya de 1996 en un procedimiento que no tiene carácter matrimonial, dado que los progenitores no estaban casados. La apelación ratifica la falta de competencia judicial internacional sobre la base del artículo 5 del citado Convenio.

**Palabras clave:** responsabilidad parental, derechos de custodia, competencia judicial internacional, residencia habitual del menor.

**Abstract:** A mother of ecuadorian nationality and resident in Spain applies to the Spanish courts for custody of her daughter who resides in Ecuador, cared for by her maternal grandmother. The court considers that it does not have competence to hear this procedure, for which Article 10 of the 1996 Hague Convention argues in an incomprehensible way in a procedure that is not matrimonial in nature, since the parents were not married. The appeal confirms the lack of international judicial competence on the basis of Article 5 of the Convention.

**Keywords:** parental responsibility, custody rights, international jurisdiction, habitual residence of the minor.

**Sumario:** I. Con carácter previo II. En concreto, los hechos III. Respuesta jurídica a) Incorrecto enfoque: el artículo 10 CH 1996 no es aplicable b) Sobre la determinación de la residencia habitual de la hija c) Sobre la posibilidad de aplicación del artículo 9 CH 1996 d) Sobre la inadmisión, que no la desestimación, de la demanda IV. En conclusión.

## I. Con carácter previo

1. No son pocos los casos que han llegado a los tribunales españoles en los que se les insta a que se pronuncien sobre los aspectos relacionados con los derechos de custodia y de visita, también de alimentos, solicitados por progenitores que tienen su residencia en nuestro país, pero cuyos hijos han quedado al cuidado de algún familiar en sus países de origen<sup>1</sup>, mayoritariamente latinoamericanos<sup>2</sup>. En estos casos, urge concretar, primero, qué texto normativo nos proporcionará la respuesta que buscamos y, en segundo lugar, si conforme a este texto dispondrán los órganos jurisdiccionales españoles de competencia judicial internacional para pronunciarse al respecto.

2. En nuestro ordenamiento jurídico, el actual sistema de protección internacional de menores o de responsabilidad parental, en terminología adaptada a los textos internacionales de los que nuestro país forma parte<sup>3</sup>, es complejo, debido a que concurren normas de diferente procedencia que se interrelacionan entre sí y sobre las que no siempre es sencillo concretar su ámbito de aplicación<sup>4</sup>. En la actualidad, son cuatro los textos normativos que pueden concurrir a la hora de determinar el régimen normativo de los derechos de custodia y de visita sobre los hijos comunes de una pareja en crisis. Junto con el *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 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* [en adelante, Reglamento (CE) 2201/2003]<sup>5</sup>, sustituido ya por el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*<sup>6</sup>, pero que no comenzará a aplicarse hasta el 1 de agosto de 2022, se encuentran el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños* (en adelante, CH 1996)<sup>7</sup>, la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional* (en adelante, LAI)<sup>8</sup>, también la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

Con carácter general, si el hijo es menor de edad conforme a su ley personal (art. 9.1 Cc) y reside en un Estado miembro del Reglamento (CE) 2201/2003, se aplicará dicho Reglamento. Si reside en un tercer Estado no parte del CH 1996, si se cumplen condiciones del artículo 12 Reglamento (CE) 2201/2003 (*forum divortii*), el Reglamento podría aplicarse. Si el hijo no reside en un Estado miembro del Reglamento, se aplica el CH 1996, siempre que el hijo sea menor de 18 años y resida en un Estado miembro del Convenio. Para el resto de casos, se aplicaría la LOPJ. La LAI, en los supuestos de responsabilidad parental, únicamente se aplica en lo relativo al reconocimiento de decisiones<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Portodos, SAPValencia 2 marzo 2020 [ECLI:ES:APV:2020:833]; AAPBarcelona 16 de abril 2018 [ECLI:ES:APB:2018:1367A]; AAP Barcelona 17 mayo 2017 [ECLI:ES:APB:2017:3796A]; SAP Barcelona 10 abril 2015 [ECLI:ES:APB:2015:3667] y SAP Madrid 18 junio 2013 [ECLI:ES:APM:2013:11880].

<sup>2</sup> C. SOLÉ (dra.), “Los vínculos económicos y familiares transnacionales: Los inmigrantes ecuatorianos y peruanos en España”, accesible en [https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE\\_2007\\_vinculos\\_economicos\\_y\\_familiares.pdf](https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2007_vinculos_economicos_y_familiares.pdf), consultado el 9 de noviembre de 2020; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, “Informe 02|2019 La inmigración en España: efectos y oportunidades”, accesible en <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf>, consultado el 9 de noviembre de 2020; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n° 1, 2011, pp. 135-194, esp. p. 159.

<sup>3</sup> A DURÁN AYAGO, “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?”, en C. ESPLUGUES MOTA / M. GUZMÁN ZAPATER (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 353-363.

<sup>4</sup> F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, n° 1, pp. 282-289.

<sup>5</sup> DOUE L 338 de 23 diciembre 2003.

<sup>6</sup> DOUE L 178 de 2 julio 2019.

<sup>7</sup> En vigor para España desde el 1 de enero de 2011. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

<sup>8</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

<sup>9</sup> A. DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores en Derecho Internacional Privado*, Comares, 2019, pp. 91-102.

3. La sentencia que vamos a analizar, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona el 23 de julio de 2020<sup>10</sup>, resuelve un recurso de apelación, desestimándolo, contra la sentencia de instancia en un procedimiento de guarda y custodia iniciado por la madre, de nacionalidad ecuatoriana y residente en España, en el que solicitaba el derecho de custodia sobre su hija, también ecuatoriana y residente en Ecuador, bajo el cuidado de su abuela materna. Las dos instancias coinciden en que los órganos jurisdiccionales españoles no poseen competencia judicial internacional para pronunciarse sobre este asunto, justificando la de instancia esta falta de competencia, de forma errónea, en un precepto inaplicable, en el contexto de los hechos, como es el *forum divortii* del artículo 10 CH 1996.

## II. En concreto, los hechos

4. De los datos que se aportan en el texto de la sentencia se extraen las siguientes circunstancias, relevantes para decidir el caso. En primera instancia, se había considerado que el tribunal español no tenía competencia para conocer de los hechos, que, como apuntábamos, versan sobre la solicitud de los derechos de custodia de una madre de nacionalidad ecuatoriana y residente en España, sobre su hija, también ecuatoriana y residente en Ecuador, especificándose que se encuentra bajo el cuidado de su abuela materna. No se precisa dónde reside el padre, aunque se indica que impide la salida de la niña de Ecuador, por lo que es muy probable que en este país resida. Los progenitores de la menor no están casados. Este hecho es relevante, puesto que el precepto que utiliza la resolución de instancia para declararse incompetente (según el juzgado, para desestimar la demanda), no cuestionado por la apelación, es un artículo, el 10 CH 1996, pensado para la concentración jurisdiccional del pleito en los casos de separación judicial y divorcio (*forum divortii*), por lo que únicamente podría aplicarse en los procedimientos matrimoniales.

5. A pesar de citar este artículo, la argumentación que desarrollan gira en torno a la falta de proximidad del órgano jurisdiccional español y no en concreto sobre las condiciones que deberían darse para aplicar el citado precepto. Y así, se hace hincapié en que la menor reside en Ecuador, cuidada por un familiar y con sus gastos administrados por un tercero, gastos no probados y distintos de los que pudiera tener en España, y con unas visitas difíciles de fijar en atención a la distancia. Además, el juzgado sostiene que resolver sobre las medidas solicitadas por la madre respondería a una realidad fáctica distinta y, por tanto, no redundaría en beneficio de la menor. En atención a ello, y amparándose en que no dispone de prueba alguna sobre la situación real de la menor, acuerda la desestimación íntegra de la demanda (*sic*).

6. Frente a la referida resolución recurre la demandante, alegando que la sentencia de instancia deja a la menor en una absoluta indefensión al privarle de vivir con su madre, añadiendo que ella está legitimada en cualquier caso para obtener la guarda y custodia de su hija y la patria potestad sobre la niña al amparo de la legislación ecuatoriana, y ello, aunque ésta se encuentre viviendo con su abuela al no poder salir de Ecuador por impedirlo su padre.

Hay que precisar que, en principio, jurídicamente no tendría relevancia en el proceso esta alusión por parte de la madre a que el padre no deja salir a la menor de Ecuador, a no ser que esta circunstancia fuera tenida en cuenta para poder aplicar el artículo 9 CH 1996, como más adelante veremos. Hay que tener en cuenta que no ha habido ningún cambio de residencia de la hija, al menos acreditado en el proceso, por lo que no cabe intuir una retención ilícita, más teniendo en cuenta que ha quedado al cuidado de la abuela materna. Tampoco consta una resolución previa de los órganos jurisdiccionales ecuatorianos en que se haya otorgado el derecho de custodia a la madre, lo que podría justificar ese traslado a España en atención a un procedimiento de reubicación familiar<sup>11</sup>. De los hechos que figuran en el

<sup>10</sup> ECLI:ES:APB:2020:6159.

<sup>11</sup> *Vid.* Nota preliminar sobre la reubicación familiar internacional elaborada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, enero 2012, accesible en <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd11s.pdf>, consultado el 11 de noviembre de 2020.

proceso nada de esto ha sucedido, por lo que se manifiestan las dificultades de conseguir desde España una resolución que le favorezca.

7. Por su parte, la Audiencia Provincial no entra a valorar los hechos, puesto que parte de que los únicos tribunales con competencia para conocer del caso son los de Ecuador, sobre la base del principio de proximidad.

### III. Respuesta jurídica

#### a) Incorrecto enfoque: el artículo 10 CH 1996 no es aplicable

8. Tanto el juzgado de instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona determinan correctamente el texto jurídico de referencia para resolver la cuestión de la competencia judicial internacional. En virtud del artículo 61 del Reglamento 2201/2003, el CH 1996 prevalece siempre que el niño resida en un Estado que sea parte únicamente del Convenio, y Ecuador lo es desde el 1 de septiembre de 2003<sup>12</sup>. El CH 1996 se aplica porque se solicita un pronunciamiento sobre los derechos de custodia, materia comprendida en el ámbito de aplicación material del Convenio [arts. 1.2 y 3.a)], sobre una menor de 18 años (art. 2) y con residencia habitual en un Estado parte del Convenio (Ecuador) (art. 5).

9. Es preciso reseñar que el Convenio se aplica a todas las medidas relacionadas con la protección de los menores, con independencia de que, en el caso de estar relacionadas con el ejercicio de la patria potestad, estos sean o no hijos matrimoniales, ya que se regulan en él los derechos y obligaciones que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones<sup>13</sup>.

En el caso, al no tratarse de un matrimonio, sorprende que la justificación normativa en que se sustente su falta de competencia judicial internacional sea el artículo 10<sup>14</sup>, que en este caso no sería siquiera aplicable, puesto que lo que establece este artículo es un *forum divortii*<sup>15</sup>, esto es, la posibilidad de concentración jurisdiccional del pleito relativo a los derechos de custodia y de visita sobre los hijos comunes en el tribunal que esté conociendo de la separación judicial o el divorcio de los progenitores. Lo curioso es que, aun aludiendo a este artículo como base de la no competencia, no se justifica por qué conforme a este artículo no la tienen, es decir, no detallan los presupuestos de aplicación ni por qué en este caso no se dan.

<sup>12</sup> Para comprobar el estado de ratificaciones del Convenio, puede accederse a <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

<sup>13</sup> *Vid.* Informe explicativo del Convenio elaborado por P. Lagarde disponible en <https://assets.hcch.net/upload/exp134s.pdf> (consultado el 12 de noviembre de 2020) en su párrafo 14.

<sup>14</sup> El tenor del artículo 10 CH 1996 es el siguiente: “1. Sin perjuicio de los artículos 5 a 9, las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si: a) uno de los padres reside habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tiene la responsabilidad parental respecto al niño, y b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño. 2. La competencia prevista en el apartado primero para adoptar medidas de protección del niño cesa cuando la decisión aceptando o desestimando la demanda de divorcio, separación de cuerpos o anulación del matrimonio sea firme o el procedimiento finaliza por otro motivo.”.

<sup>15</sup> De forma errónea, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 16 de abril 2018 [ECLI:ES:APB:2018:1367A] que indica que en el CH 1996 no se regula un *forum divortii*, similar al regulado en el artículo 12 del Reglamento 2201/2003.

## b) Sobre la determinación de la residencia habitual de la hija

**10.** La Audiencia Provincial, por su parte, orienta la falta de competencia judicial internacional fijándose únicamente en el artículo 5 CH 1996, en virtud del cual los tribunales competentes serían los de Ecuador, puesto que es en este Estado donde reside la menor. Según la Audiencia, “*la atribución de la competencia a los tribunales correspondientes al lugar de residencia del menor responde al fin último de proteger el superior interés de este. El criterio competencial de la residencia habitual del menor es adoptado en las normas internacionales citadas no solo por la eficacia de la acción de los tribunales en sus propios territorios, sino también en función del interés del menor. De ahí la prevalencia de la proximidad del órgano jurisdiccional de la residencia del menor en el momento de interposición de la demanda, al ser el que está en mejor condición para conocer su situación y sus necesidades*”. Y esta es toda la argumentación que da al respecto.

**11.** No profundiza en los detalles de esa residencia habitual, lo que no hubiera estado de más, en la medida en que este concepto no es definido por el Convenio, y se constituye como una cuestión fáctica que deberá resolverse a la luz de las circunstancias de cada caso. De interés es el razonamiento que sobre la residencia habitual ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2015, en un caso muy parecido al que analizamos, puesto que también se rechazó la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en un supuesto de custodia solicitado por la madre, residente en España y nacional de Ecuador, sobre sus tres hijos menores de edad residentes en Ecuador, en este caso porque no se aportaban pruebas sobre la posibilidad real de que las hijas pudieran ser trasladadas a España, puesto que la madre no contaba con medios de vida suficientes para mantenerlas, pero daba a entender que si así hubiera sido, ello incluso hubiera podido determinar que la residencia de sus hijas hubiera estado en España. Al respecto, en su argumentación hace alusión a que en algunos casos la intencionalidad de las personas que ostentan la potestad parental adquiere especial relevancia en los supuestos de cambio de residencia, es decir, cuando hay pruebas claras de la intención de los progenitores de comenzar una nueva vida en otro Estado, de manera que podría sostenerse que si la intención de la madre era la de trasladar la residencia de las menores a España de forma inminente, habiendo realizado gestiones en este sentido, el lugar de residencia de las menores estaría en España, aun cuando mantuviesen temporalmente su residencia en Ecuador. Aun así, la Audiencia en la misma sentencia reconocía que existe otro enfoque que se centra en la realidad fáctica de la vida del niño para determinar el concepto de residencia. Esta realidad fáctica incluye elementos tales como el centro escolar del menor, la interacción social, las relaciones familiares del menor en dicho Estado, pudiendo afirmarse que el concepto de residencia habitual se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en su entorno social y familiar<sup>16</sup>. A estos efectos también son circunstancias que hay que tomar en consideración la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de permanencia en el territorio del estado y los motivos del traslado a dicho Estado, la nacionalidad de los menores, etcétera<sup>17</sup>.

**12.** Estos interesantes razonamientos que ofrece la Audiencia Provincial de Barcelona en 2015 están completamente ausentes en la sentencia que comentamos. No hubiera estado de más una mínima argumentación en torno a ello, puesto que en el caso se trasluce la necesidad para la madre de contar con una sentencia que le permita trasladar la residencia de su hija con ella a España. Si se tiene en cuenta que la niña está siendo cuidada por la abuela materna, parece conveniente y hasta necesario que la Audiencia se hubiera esforzado en decidir y tratar con perspectiva de género el caso<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> I. OTAEGUI AIZPURUA, “La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en Estados miembros diferentes: Sentencia de la AP de Lugo nº 44/2018, de 11 de abril de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 870-876; I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 877-888.

<sup>17</sup> En tal sentido se manifiestan la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009, C-523/07 y también la sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-497/10.

<sup>18</sup> *Vid.* por todos, I. VIVAS TESÓN, “La transformación del derecho de familia desde una perspectiva de género”, en I. VÁZ-

### c) Sobre la posibilidad de aplicación del artículo 9 CH 1996

13. Ambas instancias se muestran tan convencidas de que los tribunales competentes son los de Ecuador que obvian entrar a justificar, por ejemplo, por qué no consideran la aplicación del artículo 9<sup>19</sup>, en el que se regulan los casos en los que procedería un *forum conveniens*<sup>20</sup>, esto es, los casos en los que sería posible reclamar para sí la competencia por considerarse en mejor situación que las autoridades que con carácter general tienen competencia<sup>21</sup>.

Ciertamente, en términos estrictos no se dan los supuestos en que España podría reclamar para sí la competencia, dado que no concurría ninguno de los establecidos en el artículo 8.2 CH 1996, a saber, ser el Estado del que el niño es nacional; en que estén situados sus bienes; en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de sus padres o de anulación de su matrimonio o con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho. Es este último concepto, el mantener un vínculo estrecho con España el que, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, quizás hubiera interesado concretar. *A priori*, este vínculo con España sería indirecto, a través de la madre, que es la que reside en España y la que insta aquí el procedimiento. En puridad, sería el único resquicio para que los tribunales españoles hubieran demandado para sí la competencia. Pero no hubiera sido descabellado recurrir a su aplicación. Al menos, debería haberse justificado por qué no procedía recurrir a él. Las circunstancias que se conocen entiendo que justificarían haberlo hecho. Debería haberse valorado, por ejemplo, la imposibilidad real para la madre de iniciar un procedimiento de custodia en Ecuador por estar residiendo en España; el hecho de que el efectivo cuidado de su hija lo está ejerciendo su madre, con lo que la figura paterna de alguna manera quedaría desdibujada o la intención de la madre de traer con ella a su hija a España y no poder hacerlo porque el padre se opone a ello.

14. El artículo 9 CH 1996 señala claramente en su último apartado que la autoridad de origen de la solicitud sólo puede ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2017, se indica “[t]eniendo en consideración las circunstancias concurrentes en el presente supuesto en el que consta que la madre otorgó una autorización de custodia a favor de la abuela materna, con la que convive la menor en la República Dominicana, en enero de 2014, la Sala estima que deberá ser la demandante la que plantee su demanda ante los Tribunales de la República Dominicana a los que se considera en principio en mejor situación para resolver sobre lo que constituye objeto de la presente demanda”. Como vemos, en esta resolución existe un análisis de si procede o no que a través del artículo 9 los tribunales españoles tengan competencia, a diferencia de lo que ocurre en la sentencia que comentamos que carece de toda argumentación al respecto.

En todo caso, no es esta la opción por la que optan ni el juzgado de instancia ni la Audiencia Provincial que ni siquiera aluden al artículo 9, por considerar que son las autoridades ecuatorianas las

---

QUEZ BERMÚDEZ (coord.), *Investigaciones multidisciplinares en género: II Congreso Universitario Nacional “Investigación y Género”*, Sevilla, 17 y 18 de junio de 2010, pp. 1207-1231.

<sup>19</sup> Artículo 9: “1. Si las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el artículo 8, apartado 2, consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, pueden ya sea - solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea - invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño. 2. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones. 3. La autoridad de origen de la solicitud sólo puede ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición.”.

<sup>20</sup> Vid. 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* (Marzo 2018), Vol. 10, N° 1, pp. 639-656; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 706-723.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, lo hicieron el AAP Barcelona, de 17 de mayo de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:3796A] y SAP Barcelona, de 10 de abril de 2015 [ECLI:ES:APB:2015:3667].

que, en virtud de la residencia de la menor, están en mejor situación para decidir sobre los derechos de custodia de la niña. Y con ello optan por la vía menos complicada, pero probablemente no la más indicada en el caso.

#### **d) Sobre la inadmisión, que no la desestimación, de la demanda**

15. Otra cuestión que sorprende de lo que indica la sentencia de apelación es que el juzgado de primera instancia *desestima íntegramente la demanda* al apreciar falta de competencia judicial internacional para pronunciarse sobre las citadas medidas. La cuestión es que no se puede desestimar lo que en puridad no se ha podido conocer. Si se trata de una cuestión de falta de competencia judicial internacional, lo que habría que determinar es si de oficio se ha controlado o se ha hecho a instancia del padre, pero, en cualquier caso, desestimar no es lo mismo que inadmitir. Tal y como dispone el artículo 404.2 a) LEC, procede la inadmisión de la demanda cuando se estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal.

#### **IV. En conclusión**

16. Como hemos señalado, hay varias disfunciones presentes en la resolución de este caso, tanto en primera instancia como en apelación. En lo que respecta a la resolución de instancia, aludir al artículo 10 CH 1996 para determinar la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles no es correcto, porque en ningún caso este precepto sería aplicable dado que no estamos ante un procedimiento matrimonial, ya que los progenitores no estaban casados. No alude, por el contrario, al resto de preceptos que podrían justificar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles, en particular el artículo 9, en el que se regula un *forum conveniens*, lo que hubiera sido adecuado para justificar su falta de competencia. Las circunstancias que alega la demandante (estar su hija bajo el cuidado de su madre; padre que impide que la niña salga de Ecuador...) lo aconsejaban, pero lejos de eso, se dicta resolución por la que se desestima íntegramente la demanda, lo que tampoco es correcto, puesto que se trataría de un caso de inadmisión por falta de competencia judicial internacional.

17. La Audiencia Provincial se limita a confirmar lo decidido por la primera instancia, centrándose en el artículo 5 CH 1996, como si no hubiera otros foros contemplados en el Convenio. La perspectiva que eligen es errónea, puesto que no analizan por qué los órganos jurisdiccionales españoles no estarían en disposición de conocer de la demanda, sino que se centran en que los competentes son los de Ecuador porque allí reside la hija, indicándole a la madre que es en este país donde debe instar lo que considere conveniente.

18. Considero que ambas instancias se tendrían que haber esforzado en justificar por qué conforme al Convenio no tienen competencia, no dar por sentado que hay un foro de competencia judicial internacional único sustentado en la residencia habitual de la menor. Este es el criterio general, pero no el único. El resto de foros también pueden otorgar competencia en virtud de diversos factores a las autoridades de otro Estado parte. En este sentido, quizás sería conveniente recordar el funcionamiento del artículo 9, claramente explicado por el relator del Convenio, Paul Lagarde, en los párrafos 57 a 60 del Informe<sup>22</sup>. Ciertamente, su aplicación requiere esfuerzo y una comunicación fluida entre las autoridades españolas y las ecuatorianas, y entiendo que las circunstancias alegadas por la madre hubieran justificado ese esfuerzo. No es lo mismo llegar al resultado de la falta de competencia judicial internacional habiendo transitado primero el camino de analizar todas las posibilidades de disponer de competencia, que haber optado de entrada por determinar que sólo las autoridades de Ecuador tienen competencia. Aunque se hubiera llegado al mismo resultado, la calidad de los pronunciamientos judiciales hubiera sido muy diferente.

<sup>22</sup> Accesible en <https://assets.hcch.net/upload/expl34s.pdf>, consultado el 12 de noviembre de 2020.

LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DICTADAS EN SENTENCIA  
EXTRANJERA: UNA CUESTIÓN PENDIENTE  
(AP CANTABRIA 11 FEBRERO 2020)

THE AMENDMENT OF MEASURES ISSUED IN A FOREIGN  
JUDGMENT: A PENDING QUESTION  
(AP CANTABRIA, FEBRUARY 11, 2020)

YOLANDA DUTREY GUANTES

*Profesora Titular Derecho internacional privado  
Universidad Rey Juan Carlos*

Recibido: 15.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5994>

**Resumen:** La modificación de sentencias dictadas en países extranjeros sigue siendo una cuestión que no está definitivamente resuelta por nuestros tribunales. Hay dos cuestiones problemáticas. La primera de ellas es la duda acerca de la necesidad de solicitud de exequatur previo a la modificación de las medidas recogidas en una sentencia extranjera. La segunda es la falta de aplicación de las normas de competencia judicial internacional y su sustitución por normas de competencia judicial interna. Este auto muestra otra confusión que es otorgar la competencia para modificar las medidas de una sentencia extranjera al juez que dictó el exequatur.

**Palabras clave:** divorcio notarial, modificación de medidas, competencia internacional, reconocimiento incidental, exequatur.

**Abstract:** The amendment of judgments handed down in foreign countries is an issue that has not yet been definitively resolved by our Courts. There are two troubling questions that are repeated over time. The first one is the requirement or not of exequatur prior to the amendment of the foreign judgment. The second problem is the lack of application of the rules of international jurisdiction and their replacement by rules of domestic jurisdiction. This Order shows another confusing variable, pointing out that international jurisdiction to modify a judgment belongs to the judge who recognized the full effectiveness of the foreign divorce resolution, that is, the judge who pronounced the exequatur.

**Keywords:** notarial divorce, modification of measures, international jurisdiction, incidental recognition, exequatur.

**Sumario:** I.- Antecedentes de hecho: modificación de medidas recogidas en divorcio notarial II.- El exequatur de los divorcios notariales: una cuestión ya superada III.- Cuestiones problemáticas que aún persisten en la modificación de sentencias 1.- La necesidad de exequatur previo y la mala comprensión del reconocimiento incidental 2.- La utilización de normas de competencia judicial interna para atribuir competencia judicial internacional IV.- La necesaria aplicación de las normas de competencia judicial internacional III.- Conclusión: demasiados años a vueltas con el mismo tema.

## I. Antecedentes de hecho: modificación de medidas recogidas en divorcio notarial

1. El auto comentado se dicta en respuesta a la solicitud de modificación de una escritura de divorcio de mutuo acuerdo otorgada por notario colombiano que obtuvo el exequatur por auto dictado el 17 de febrero de 2014. El exequatur del divorcio notarial colombiano lo dictó el Juez de primera instancia núm. 9 de Santander, acordando el reconocimiento y ejecución de la resolución de divorcio. Nótese que en Colombia el divorcio notarial puede realizarse aunque haya menores de edad. Años más tarde, se solicita la modificación de las medidas previstas en el divorcio notarial, para lo que el Juez de primera instancia de Santander se declara incompetente. No se dice de manera expresa el motivo jurídico de la incompetencia pero suponemos que obedece, como en otros muchos autos, a que el Juez de primera instancia de Santander no es el juez que dictó la resolución.

2. La AP de Cantabria corrige el fallo y señala la competencia de los tribunales de Santander para conocer de la modificación de las medidas recogidas en el documento notarial colombiano. El resultado al que llega la AP es el correcto pero no la vía que utiliza. Considera que el tribunal es competente en base a las normas de competencia interna de la LEC y atribuye también competencia al Juez que dictó el exequatur para modificar la sentencia que fue reconocida, a pesar de que no hay ninguna norma en el ordenamiento jurídico español que considere al juez que dictó el exequatur competente para modificar lo reconocido.

3. La modificación de medidas de sentencias extranjeras es frecuente en nuestros juzgados<sup>1</sup> y, hoy en día, existen soluciones legales y jurisprudenciales claras por lo estas dilaciones indebidas ya no deberían producirse.

## II. El exequatur de los divorcios notariales: una cuestión ya superada

4. El exequatur de escrituras notariales de divorcio ha sido una materia con luces y sombras y aunque sigue habiendo algún auto relativamente reciente que se opone al exequatur de divorcio notarial,<sup>2</sup> ya es una cuestión aclarada.

5. Hay tres factores que han contribuido a esta claridad: la jurisprudencia consolidada del TS, el concepto amplio de tribunal que está en todos los puntos de nuestro ordenamiento (comunitario o no) y la ley de jurisdicción voluntaria que recoge el divorcio notarial.

6. En primer lugar, señalamos que el TS lleva años admitiendo el exequatur de divorcios notariales. Por ejemplo, el ATS de 23 de febrero de 1999 admitía el exequatur de una escritura notarial otorgada en Cuba por la que se disponía el divorcio entre las partes señalando que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias sino que se le atribuyen competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones (...) lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que lo declara<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La gran cantidad de procedimientos de modificación de medidas recogidas en sentencias extranjeras es puesta de manifiesto por P. PEITEADO MARISCAL, "Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor y competencia interna de los tribunales españoles", *CDT*, 12,2, 2020, pp. 1358-1385

<sup>2</sup> *Vid.* auto de 14 de marzo de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz, Procedimiento Exequatur nº 335/19: en este auto se inadmite a trámite una demanda de exequatur en la que se solicitaba el reconocimiento de una escritura de divorcio notarial colombiana. El auto fue corregido por la AP de Álava que señala en auto de 8 de julio de 2019 que cabe el exequatur de un documento notarial donde se acuerda el divorcio y se procede a la liquidación ganancial, toda vez que en Colombia está equiparado el divorcio judicial con el Divorcio notarial.

<sup>3</sup> En sentido similar ATS 2 de julio de 1996, 16 de julio de 1996, 19 de noviembre de 1996, 4 de febrero de 1997 y 24 de junio de 1997, entre otros muchos.

7. En segundo lugar, se ha instalado en nuestro ordenamiento un concepto amplio de tribunal, incorporado desde el principio por el derecho comunitario<sup>4</sup> que incluye a los notarios. En las sentencias procedentes de terceros Estados, es la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante LCJIC)<sup>5</sup> la que ha incorporado este concepto amplio en su art. 43.c)<sup>6</sup> dentro del título V correspondiente al exequatur, eliminando cualquier duda que pudiera plantearse acerca del reconocimiento de divorcios notariales válidamente dictados en el Estado de procedencia.

8. En tercer lugar, la Ley de Jurisdicción voluntaria (en adelante LJV)<sup>7</sup>, ha influido también en esta cuestión; ahora podemos tener divorcios notariales (art. 54 LJV), por lo que no se puede restringir la eficacia de un divorcio notarial dictado en el extranjero. Nótese que, aunque este argumento tenga su peso, el divorcio notarial de Colombia no es equiparable al español ya que los notarios pueden declararlo aunque existan hijos menores<sup>8</sup>.

9. En el auto comentado, el divorcio notarial cuya modificación se solicita había sido reconocido por los tribunales españoles.

### III. Cuestiones problemáticas que aún persisten en la modificación de sentencias

10. La cuestión recurrida ante la Audiencia Provincial es la declaración de incompetencia del Juez de primera instancia de Santander para conocer de la modificación de las medidas (dictadas en el documento notarial y reconocidas previamente en España). Los tribunales españoles tradicionalmente han alegado dos cuestiones para declararse incompetentes en la materia de modificación de medidas: que la sentencia tenía que ser previamente reconocida para ser modificada y que la competencia para modificar una sentencia es del juez que la dictó.

#### 1. La necesidad de exequatur previo y la mala comprensión del reconocimiento incidental

11. La primera cuestión, la necesidad de que la sentencia extranjera sea reconocida en España (obtenga el exequatur) antes de proceder a su modificación, ha sido tratada en numerosas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia.

12. Ya en el año 2000, el TC dictó la sentencia la 16/2000<sup>9</sup> como consecuencia de un procedimiento de modificación de medidas en el que el Juez de primera instancia se había declarado incompetente porque (entre otras cuestiones) “*la resolución que se pretende no tiene reconocida eficacia civil en España*”, es decir, porque la sentencia no había pasado por el procedimiento previo de exequatur. La declaración de incompetencia fue corregida por el TC.

<sup>4</sup> Vid. Definición de órgano jurisdiccional y de juez en el art. 2 del Reglamento 2201/2003.

<sup>5</sup> Ley 29/2015 de 30 de julio, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

<sup>6</sup> Artículo 43. Definiciones. A los efectos de este título se entenderá por: c) Órgano jurisdiccional: toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias de esta ley.

<sup>7</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015

<sup>8</sup> Colombia es un ordenamiento (Ley colombiana 962 de 2005) conforme al cual es posible realizar divorcio notarial aun en el caso de que el matrimonio tenga hijos menores. Si existen hijos menores intervendrá un “Defensor de Familia” al que se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que controle que lo convenido cumple con la protección necesaria de los hijos menores de edad. Vid. acerca del divorcio notarial en Latinoamérica <http://192.188.52.94/bitstream/3317/14123/1/T-UCSG-POS-DDNR-36.pdf>

<sup>9</sup> Sentencia 61/2000, de 13 de marzo, (BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000). Vid. al respecto, I. HEREDIA CERVANTES, “Competencia de los tribunales españoles para modificar decisiones judiciales extranjeras (Comentario a la STC 61/2000, de 13 de marzo)”, *Derecho Privado y Constitución* Núm. 14. Enero-Diciembre 2000, pp. 185-205; CARBALLO PIÑERO, L. “Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 463-482

**13.** Entre otros muchos ejemplos, años más tarde, la AP Madrid en auto de 30 de noviembre de 2005 se pronuncia en un supuesto similar de modificación de medidas recogidas en sentencia ecuatoriana<sup>10</sup>. En dicho auto, la AP de Madrid se declara incompetente porque no se ha solicitado el exequatur de la sentencia extranjera.

**14.** Muchos fueron los comentarios de la doctrina española acerca de esta situación jurídica y de la necesidad de su modificación. Se constató la incongruencia de solicitar el exequatur de una sentencia cuyos efectos querían modificarse así como la inconveniencia de retrasar los procedimientos de modificación de medidas (normalmente referentes a menores y alimentos) con expedientes jurídicos carentes de efecto e interés.

**15.** Las soluciones barajadas para modificar sentencias extranjeras eran tres: la solicitud del exequatur, el reconocimiento incidental y la solicitud *ex novo* de las medidas presentando la sentencia extranjera como documento probatorio<sup>11</sup>. Las soluciones jurisprudenciales eran de lo más variado existiendo en ocasiones el exequatur o no, según considerase oportuno el tribunal.

**16.** Todas estas soluciones han sido incorporadas en el art. 45 de la LCJIC<sup>12</sup> que señala que las resoluciones extranjeras firmes o definitivas que se refieran a materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas (como por ejemplo las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre la guarda y custodia de menores o las medidas de protección de menores e incapaces) podrán ser modificadas previo su reconocimiento a título principal (procedimiento de exequatur) del art. 52 y ss LCJIC o incidental del art. 44.2 LCJIC<sup>13</sup>. Esta disposición no impide que se pueda plantear una nueva demanda en un proceso declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles, correspondiendo, en definitiva, a las partes optar bien por la modificación de la sentencia extranjera (tras el exequatur, con un reconocimiento incidental) bien por la apertura de un nuevo procedimiento<sup>14</sup>.

**17.** La incorporación del reconocimiento incidental es muy clara y además es una técnica incorporada hace mucho por los Reglamentos de la Unión Europea. En la LCJIC este tipo de reconocimiento se recoge, como hemos señalado, en el art. 44.2 LCJIC y exime del largo procedimiento de exequatur que además no tiene ningún sentido si no se pretende reconocer los efectos de la sentencia si no modificarlos.

**18.** A pesar de esta claridad legal, en ocasiones, nuestros tribunales siguen mostrando falta de comprensión de este reconocimiento incidental y requiriendo el exequatur previo. El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Almunia de Doña Godina<sup>15</sup> inadmite a trámite una demanda de modificación de medidas al no constar que la sentencia a modificar haya sido reconocida por los Tri-

<sup>10</sup> Vid. Y. DUTREY GUANTES, "Comentario al AAP de Madrid de 30 de noviembre de 2005", *REDI*, 2006, Vol. 58, Número 1, pp. 477-481.

<sup>11</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 227 y ss. Más artículos y comentarios de la época se pueden ver citados en Y. DUTREY GUANTES, "La modificación de las medidas acordadas en sentencias de divorcio extranjeras", *El Derecho on line*, ref.: EDB 2006/102720

<sup>12</sup> Artículo 45. Resoluciones extranjeras susceptibles de modificación. 1. Una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título. 2. Esto no impedirá que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles. Vid. igualmente el preámbulo de la Ley.

<sup>13</sup> Artículo 44 LCJIC. Reconocimiento. 2. Cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial, el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto a dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales. La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequatur de la resolución extranjera

<sup>14</sup> Vid. para más información acerca de estos artículos, A. L. CALVO CARAVACA/ J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, "artículo 44 y Artículo 45", A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, (coord.), Bosch, 2017, pp. 384-392

<sup>15</sup> Este auto ha sido corregido por la AP de Zaragoza de 28 de noviembre de 2017, nº 765/2017

bunales españoles<sup>16</sup>. La Audiencia Provincial de Zaragoza señala que no hace falta exequatur porque el reconocimiento necesario para modificar la sentencia puede ser el incidental.

19. Esta falta de comprensión del reconocimiento incidental previsto en el art. 44.2 LCJIC citado puede observarse en actuaciones judiciales muy recientes. En el auto de la AP de Barcelona de 29 de mayo de 2020<sup>17</sup> el demandante solicita en el mismo escrito de demanda el reconocimiento de efectos civiles de sentencia dictada en el extranjero y la modificación de medidas definitivas adoptadas en dicha resolución.

20. El juez de primera instancia, en lugar de modificar la sentencia utilizando el reconocimiento incidental (arts. 44.2 y 45 LCJIC), dicta un exequatur (arts. 52 y ss LCJIC), manda inscribir en el Registro el divorcio e insta a las partes a que soliciten en otro procedimiento la modificación de medidas. La AP de Barcelona ratifica el auto a pesar de que parece claro que el procedimiento principal era el de modificación de medidas<sup>18</sup> y no de el de reconocimiento que, por otro lado, en caso de que fuera un exequatur, solo sería acumulable a la petición de ejecución en el mismo escrito<sup>19</sup>.

21. En el auto de la AP de Cantabria comentado, esta cuestión que tratamos (la necesidad de exequatur previo a la modificación de la sentencia extranjera) no se aborda porque el exequatur había sido reconocido tiempo atrás. No obstante, del tenor literal del texto se desprende que la necesidad de exequatur sigue siendo una condición requerida. Señala el auto: “*al ser plenamente eficaz en nuestro ordenamiento la resolución extranjera por haber sido reconocida bajo el trámite del exequatur...*” Esta afirmación trasluce que aún sigue presente el binomio “modificación-exequatur” entre nuestra jurisprudencia y nos hace preguntarnos qué hubiera ocurrido si la sentencia no hubiera obtenido el exequatur años atrás.

22. En todo caso, lo que puede deducirse con claridad de todas estas actuaciones es que la distinción entre exequatur y reconocimiento incidental no está aún clara cinco años después de ver la luz la Ley 29/2015.

## 2. La utilización de normas de competencia judicial interna para atribuir competencia judicial internacional

23. La segunda cuestión confusa en la materia de modificación de medidas con elemento extranjero es la declaración de incompetencia del juez utilizando normas de competencia interna, en lugar de normas de competencia judicial internacional.

---

<sup>16</sup> También se declara incompetente dado que el art. 775 LEC dispone que la modificación de medidas debe ser solicitada ante el Tribunal que las acordó, cuestión que será comentada en el apartado siguiente.

<sup>17</sup> AAP Barcelona de 29 de mayo de 2020 (sección 12), nº 148/2020

<sup>18</sup> Los procedimientos de modificación de medidas no son un apéndice de otro proceso sino que implican plenas posibilidades de alegación y de prueba, plenas facultades procesales tanto para las partes como para el tribunal. Cf. P. PEITEADO MARISCAL, “Procesos transfronterizos...”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, nº 2, 2020, págs. 1364- 1365

<sup>19</sup> Este es un auto complejo que bien merecería un comentario aparte para el que haría falta el escrito de demanda y algún dato más del procedimiento: el demandante solicita reconocimiento de sentencia extranjera y modificación de medidas de manera acumulada. El juzgado de primera instancia admite a trámite la demanda sobre reconocimiento de sentencia extranjera de divorcio conforme al art. 52 LCJIC. El demandante no recurre dicha admisión -no hay inadmisión de la demanda de modificación de medidas- y el Juez dicta auto acordando la inscripción del divorcio en el Registro Civil y señalando que la modificación de medidas deberá cursarse mediante una demanda nueva. Es decir, otorga el exequatur y deja sin resolver la petición de modificación de medidas, instando a las partes a iniciar un nuevo procedimiento.

La AP de Barcelona confirma el auto y señala que “la solicitud de reconocimiento de efectos civiles de la sentencia extranjera se plantea como principal y no como incidental de un procedimiento de modificación de determinadas medidas definitivas, aun cuando manifiesta acumular ambas acciones”. Si el demandante manifiesta acumular acciones, parece claro que nos encontramos en el art. 44.2º LCJIC (reconocimiento incidental) dado que la acción de exequatur únicamente es acumulable a la solicitud de ejecución de la sentencia (art. 54 LCJIC). En todo caso, no se respeta la tutela judicial efectiva al no conocer de la modificación de medidas solicitada.

**24.** Son muchas y de gran relevancia las sentencias que ya han zanjado esta cuestión, por lo que no deberían nuestros tribunales declararse incompetentes para modificar las sentencias en base a normas de competencia funcional, en ningún caso.

**25.** En la importante sentencia del TC 61/2000 ya citada, el tribunal de primera instancia se declaró incompetente porque *“para la legislación española es cuestión de orden público que la modificación de las medidas derivadas de separación o divorcio le corresponde al Juez que las dictó”*. El TC aclaró que esa norma (art. 55 LEC, ahora el art. 775 LEC) era una norma de competencia interna ajena al supuesto que se planteaba. Señala la STC que las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia Provincial pronunciaron una *“falta de competencia”* que no se apoya en regla alguna de competencia judicial internacional, sino en una simple regla relativa a la competencia funcional. Al negarse a conocer de la demanda presentada fundándose en una regla de competencia funcional, denegaron el acceso a la jurisdicción aplicando una norma ajena a la decisión adoptada.

**26.** El TJUE ha tratado también este tema en sentencia de 15 de febrero de 2017<sup>20</sup> donde señala que *“los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, en lo que respecta a un menor de edad, no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro”*. Es decir, la competencia es del Juez que señalan los Reglamentos y no del que dictó la Resolución que se va a modificar.

**27.** El TS también se ha pronunciado en auto de 17 septiembre 2019<sup>21</sup> en un procedimiento de modificación de medidas sobre lo dispuesto en el art. 775 LEC señalando que esta es una norma de competencia interna y no altera, en ningún caso, las mencionadas normas de competencia judicial internacional. La modificación que en España ha habido del art. 775 LEC no altera en nada la competencia judicial internacional prevista en las normas de competencia judicial internacional. Sigue siendo una norma de competencia interna<sup>22</sup>, aunque ha contribuido a incrementar, aún más la confusión en el ámbito internacional.

**28.** En el auto de Cantabria comentado en primera instancia, a pesar de que todas las partes residen en España, el Juez de primera instancia se declara incompetente. Sin ninguna mención a ninguna norma de competencia judicial internacional, la AP de Cantabria señala que *“En consecuencia, al ser plenamente eficaz en nuestro Estado la resolución extranjera por haber sido reconocida bajo el trámite del exequatur, la posibilidad de su modificación en España deviene de la aplicación del citado art. 45 (LCJIC), a cuyo efecto será necesario seguir las reglas imperativas de competencia previstas en el art. 769 LEC para la atribución del actual asunto. En consecuencia, corresponde al juzgado nº 9 de Santander que dictó la resolución ahora recurrida por ser competente de acuerdo al art. 769 LEC-residencia de la demandada en Santander-, al igual que el actor -en relación con el art. 775 LEC- (ya que) el juzgado nº 9 de Santander fue quien reconoció la plena eficacia en España de la resolución de*

<sup>20</sup> ECLI:EU: C:2017:118

<sup>21</sup> ATS de 17 septiembre 2019 [ECLI:ES: TS:2019:9225A]. *Vid.* comentario de esta sentencia en M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al auto del TS de 17 de septiembre”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 763-775

<sup>22</sup> ATS 17 de septiembre 2019, Fundamento TERCERO.- A la vista de lo expuesto, determinada la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles para el conocimiento del asunto ( art. 3 b) del Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008 ), y la imposibilidad de aplicar el art. 775 LEC al supuesto de autos, al haber sido dictada la sentencia de divorcio por un órgano jurisdiccional de Rumanía, procede resolver el presente conflicto de competencia, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, atribuyendo la competencia para el conocimiento del asunto al Juzgado de Primera instancia nº 7 de DIRECCION001, al hallarse en esa ciudad el domicilio de la menor, en aplicación del art. 769.3 LEC, de acuerdo con los criterios expuestos y seguidos por esta sala hasta la modificación del art. 775 LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

*divorcio extranjera*". Es decir, la competencia judicial internacional, según la AP, viene atribuida por el art. 769 y por el art. 775 LEC.

29. Por tanto, se atribuye competencia a los jueces españoles en base a normas de competencia territorial en materia de procesos matrimoniales y de menores, una cuestión recurrente en nuestros juzgados a pesar de la existencia de la importante jurisprudencia que hemos señalado, pero, además, se añade otra cuestión no solo confusa sino también errónea, ya que considera que es competente el Juez que dictó el exequatur y ello en base al art. 775 LEC. Como no puede atribuirse competencia al Juez que dictó la sentencia (obviamente porque es extranjero), entonces se atribuye competencia al Juez que dictó el exequatur. La AP equipara dictar sentencia con otorgar el exequatur de la sentencia para atribuir competencia al juzgado conforme al art. 775 LEC.

30. Esta argumentación es sorprendente, no solo porque prescinde del dato de que el exequatur no es necesario para la modificación si no, y sobre todo, porque no hay ninguna norma de competencia judicial internacional que atribuya competencia al juez del exequatur para modificar la sentencia extranjera que reconoció. El binomio modificación-exequatur aparece de nuevo.

31. Es evidente que no se entiende la base y es que a la modificación de sentencias se le aplican las normas de competencia judicial internacional por razón de la materia y no entra en juego ni el juez que dictó la sentencia ni el juez que dictó el exequatur, ni el juez al que atribuyen competencia las normas territoriales. Ni quien dicta la sentencia extranjera, ni quien la homologa repercute en los criterios de competencia judicial internacional.

#### IV. La necesaria aplicación de las normas de competencia judicial internacional

32. Aunque finalmente el resultado es el mismo, el auto comentado del Juzgado de primera instancia de Santander, así como el de la AP de Cantabria, deberían atribuir competencia a los tribunales españoles por los Reglamentos comunitarios, que atienden a la naturaleza de las pretensiones y no a su vinculación con procesos previos<sup>23</sup>. La competencia judicial internacional es previa a la competencia territorial y tiene que quedar aclarada ya que puede haber supuestos donde los resultados no coincidan.

33. Como el hijo común, tal y como se menciona, es mayor de edad, suponemos que se solicita la modificación de los alimentos. La competencia, por tanto, les corresponde a los tribunales españoles en virtud del art. 3 a) o b) del Reglamento 4/2009. El art. 3.a) atribuye competencia a los tribunales del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual y el apartado b) al juez donde el acreedor tenga su residencia habitual<sup>24</sup>.

34. Como en muchas otras ocasiones, la situación fluye porque el resultado no varía, ya que según el texto del auto todas las partes implicadas residen en Santander coincidiendo todas las normas de competencia judicial internacional y todas las de competencia territorial en el mismo sitio<sup>25</sup>.

35. En todo caso, parece que no está aún claro que en nuestro país existe un sistema autónomo de normas de competencia judicial internacional que impide la atribución de competencia internacional en base a normas procesales territoriales.

<sup>23</sup> Vid. P. PEITEADO MARISCAL, "Procesos transfronterizos...", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº. 2, 2020 pág. 1365

<sup>24</sup> Aunque hay un artículo específico en el Reglamento 4/2009 que hace referencia concreta a la modificación de sentencias, no es aplicable en este supuesto, dado que el acreedor de alimentos reside en España. Vid. M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº. 19, 2010, p. 15

<sup>25</sup> Cabe preguntarse, incluso, si al tratarse de alimentos de un hijo mayor, el art. 769 LEC sería el artículo aplicable de manera territorial, pero eso sería objeto de un estudio distinto que excede la materia aquí tratada.

## V. Conclusión: demasiados años a vueltas con el mismo tema

**36.** Son ya muchos los años que estas cuestiones llevan perjudicando los derechos de los particulares, retrasando procedimientos de menores generalmente acompañados de alimentos por una pura incomprensión técnica. Esto no parece de recibo en materias donde la protección y la rapidez son requisitos necesarios para la consecución de la Justicia.

**37.** La cuestión es sencilla. No hace falta exequatur para modificar una sentencia. Puede realizarse la modificación con exequatur previo, con reconocimiento incidental o a través de un procedimiento declarativo *ex novo*. Todas estas variables ya se manejaban antes de la reforma por la doctrina; ahora están en la Ley, por lo que no deberían seguir generando confusión.

**38.** Teniendo en cuenta el párrafo anterior, los tribunales españoles tendrán competencia si se cumplen los criterios de competencia judicial internacional, que son los que marcan los Reglamentos, los Convenios y en su defecto el art. 22 LOPJ, no dependiendo la competencia de las normas territoriales dado que existe un sistema autónomo de competencia judicial internacional. Lo ha señalado el TC, el TJUE y el TS por lo que tampoco debería esta cuestión seguir generando confusión.

**39.** Los arts. 769 y 755 LEC son artículos de competencia interna, tal y como señaló ya el TC en el año 2000 y ha señalado el TS, por lo que no pueden ser utilizados por nuestros jueces para declararse ni competentes, ni incompetentes sustituyendo a las normas de competencia judicial internacional.

**40.** Por otro lado, haber dictado el exequatur tampoco es un criterio de competencia judicial internacional para modificar la sentencia reconocida. Esta interpretación extensiva e injustificada del art. 775 LEC se aleja del tenor literal de la norma e identifica al tribunal que acordó las medidas definitivas en el extranjero con el que dictó el reconocimiento de las mismas en España.

**41.** Esta última y reciente interpretación del 775 LEC, junto con todos los aspectos comentados, muestra que existen, todavía, algunas lagunas sobre cuestiones básicas de Derecho internacional privado.

COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL  
COURT OF BARCELONA OF 29 MAY 2020 [CARRIAGE  
OF GOODS BY SEA FROM ECUADOR TO SPAIN UNDER  
A BILL OF LADING] [ES:APB:2020:3847A]

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA  
PROVINCIAL DE BARCELONA DE 29 DE MAYO DE 2020  
[TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR VÍA MARÍTIMA  
DESDE ECUADOR A ESPAÑA EN RÉGIMEN  
DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE] [ES:APB:2020:3847A]

JONATAN ECHEBARRIA FERNÁNDEZ

*Lecturer in Law, Academic Visitor Programme Director  
The City Law School; City, University of London*

Recibido: 02.12.2020/ / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5995>

**Abstract:** The commentary on the judgment of 29 May 2020 of the Provincial Audience of Barcelona No. 15 on the appeal filed against the Order of 4 June 2019 of the Commercial Court No. 4 of Barcelona provides an analysis of the contradictory doctrine that some Spanish courts have followed regarding the conveyance of the Bill of Lading (B/L), especially regarding the jurisdiction clauses of other European Union (EU) courts, included in this document, in favour of the third party endorsee, who has not been required to sign the document since the Spanish Act on Maritime Navigation (SAMN) 14/2014 of 24 July 2014 was passed. The requirements set out by the European legislator and the doctrines of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and some Spanish courts diverge in respect of the grounds of this judgment. While the law applicable to the formal and substantive validity of those agreements is set out by Article 25 of the Brussels I Regulation (recast), the consent by the contracting parties relies on national law. The Spanish Supreme Court has still not rendered any judgment that specifies the efficacy of the jurisdiction agreement over a B/L endorsee in case of cargo claims since the approval of the SAMN. Thus, discrepancies remain in this contentious area.

**Keywords:** Jurisdiction agreements, title to the goods, applicable law to the conveyance of the Bill of Lading (B/L) to a third party endorsee, Brussels I Regulation (recast), Spanish Organic Law on the Judiciary, Spanish Act on Maritime Navigation, CJEU.

**Resumen:** El comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) sobre el recurso de apelación interpuesto contra la Auto de 4 de junio de 2019 del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona ofrece un análisis de la doctrina contradictoria que han seguido algunos tribunales españoles en relación con la transmisión del conocimiento de embarque (B/L), especialmente en lo que respecta a las cláusulas de jurisdicción a favor de otros tribunales de la Unión Europea (UE) incluidas en dicho documento, al tercero endosatario que no firmó dicho documento, desde la aprobación de la Ley de Navegación Marítima (LNM)14/2014 de 24 de julio de 2014. Los requisitos establecidos por el legislador europeo y las doctrinas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de ciertas decisiones de los tribunales españoles divergen con respecto a los fundamentos de derecho de esta sentencia. Si bien la ley aplicable a la validez formal y sustantiva de

dichos acuerdos se establece en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis, el consentimiento de las partes contratantes se rige por la legislación nacional. El Tribunal Supremo español aún no ha dictado sentencia que especifique la eficacia del acuerdo de jurisdicción sobre un endosatario del conocimiento de embarque en caso de reclamaciones por daños a la mercancía desde la aprobación de la LNM. Por lo tanto, persisten discrepancias en esta polémica área.

**Palabras clave:** Acuerdos de jurisdicción, titularidad de las mercancías, ley aplicable a la transmisión del conocimiento de embarque (B/L) al tercero endosatario, Reglamento Bruselas I bis; Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Española de Navegación Marítima, TJUE.

**Summary:** I. Introduction. II. Shipping documents under English and Spanish law: a comparative perspective. A) Negotiable transport documents. B) Non-negotiable transport documents. III. Facts. IV. Grounds for appeal. V. Grounds of the decision. 1. Party autonomy in contracts for the carriage of goods by sea. 2. Validity of the parties' consent to be bound by a jurisdiction agreement included in a B/L. 3. Effectiveness of the conveyance of B/L clauses to third parties under the CJEU's doctrine. 4. Divergence from the CJEU's doctrine regarding the rights and obligations of the third party endorsee to the B/L containing a jurisdiction agreement negotiated between the shipper and the carrier. 5. Applicability of the restrictive approach to the case. VI. Final remarks: a wrongful doctrine on the prevalence of Articles 468 and 251 SAMN over Article 25 of the Brussels I Regulation (recast).

## I. Introduction

1. Carriage of goods by sea is one of the most litigious areas of law, since it is the main means of transport chosen for the vast majority of world trade. While the charterer agrees with a shipowner on the hire of a vessel for a period of time or the freight payable for a specific voyage, a freight forwarder, or as in the analysed judgment of the Provincial Court of Barcelona No. 15, a shipper, agrees the transport of cargo with a carrier. The '*lex mercatoria*' has developed the concept of negotiable instruments that may alter the title to the goods carried onboard a ship.<sup>1</sup> The subject of this judgment relates to the rights and obligations entrusted to the holder of a Bill of Lading (B/L), the transport document that constitutes a document of title to the goods but not a contract for the carriage of goods by sea, although it serves as a proof of it.<sup>2</sup>

2. Uniform international instruments applicable to the B/L, namely the Hague-Visby Rules<sup>3</sup> (ratified by Spain), do not define it. The B/L follows the contract for the carriage of goods by sea and it can be said that it represents no more than a receipt for the charterer, and serves as evidence of the previous contract (booking) between the carrier and the shipper of the goods for the endorsee.<sup>4</sup> It serves as proof

<sup>1</sup> Unlike a cheque, the endorsee does "not get a better title than the assignor" and technically, a negotiable B/L is similar to a transferrable and non-negotiable cheque; see the leading English case *Lickbarrow v Mason* (1794) 5 T.R. 683; D. FOXTON, H. BENNETT, S. BERRY, C. SMITH, and D. WALSH, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, Sweet & Maxwell Ltd, 2019, at [10–001].

<sup>2</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, "V. Contratos internacionales. El contrato de transporte marítimo de mercancías", in A.–L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, 2012, p. 953; I. ANTÓN JUÁREZ, "Choice of court agreements: the hidden details of the art. 25 of Brussels I Bis Regulation disclosed by the Supreme Court", in A.–L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Colección Derecho y "Letras"* Vol 1, No 1, Rapid centro color, 2019, pp. 232–235; FOXTON *et al.* (note 1), at [5–007].

<sup>3</sup> International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading signed at Brussels on 25 August 1924 ('the Hague Rules') 51 Stat 223, Vol. 120 LNTS, p. 155, amended by the Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading signed at Brussels on 23 February 1968 ('the Visby rules') Vol. 1412 UNTS, p. 121, and the last Protocol amending the Hague–Visby Rules signed at Brussels on 21 December 1979 ('SDR Visby Protocol') vol. 1412 UNTS, p. 146.

<sup>4</sup> A.–L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales", in A.–L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18<sup>th</sup>

of the reception of the goods, as well as their state and condition, by the carrier. Moreover, it constitutes a document of title and entrusts the party bearing it with the disposition of property, unlike the sea waybill. The latter is a non-negotiable document that does not entrust the holder with a title to the goods. Article 250(1) of the Spanish Act on Maritime Navigation 14/2014 (SAMN)<sup>5</sup> distinguishes between B/Ls ‘to the bearer, to the order or nominative’.

## II. Shipping documents under English and Spanish law: a comparative perspective

3. The nature of negotiable and non-negotiable transport documents must be introduced since it is paramount in order to analyse the judgment of the Commercial Court of Barcelona No. 15 of 29 May 2020.<sup>6</sup> The title to the goods is the first key issue to consider by stressing the differences between these documents. An introduction to the negotiable B/Ls is necessary: the carrier delivers the goods to, and can be sued by, a party “*who is not always identified on the B/L*” when a B/L is issued to the ‘bearer’, ‘to the order of the shipper’ or ‘a named consignee’ other than the shipper.<sup>7</sup>

### A) Negotiable transport documents

4. The first type of B/L ‘*names the bearer as the consignee*’. It does not require endorsement by cargo interests but its transfer “*endows the holder with rights of suit against the carrier*”.<sup>8</sup> The B/L holder can be the buyer of the cargo, a bank financing the purchase to the buyer or any other party. A B/L issued ‘to the bearer’ is transmitted ‘*by delivery*’ according to Article 250(2) SAMN, and must be presented by a third party who acquired it ‘*in good faith and without gross negligence*’ to receive the cargo, according to Article 545 of the Spanish Code of Commerce,<sup>9</sup> under which ‘*bearer securities shall be transmissible by delivery of the document*’.<sup>10</sup>

5. The shipper’s ‘order’ B/L can be made “*to the order*”, “*to the shipper’s order*” or “*to the shipper’s name or order*” in respect of a consignee. The shipper instructs the carrier that will carry the goods subject to the latter’s “*a priori attornment*” or “*acknowledgement*”.<sup>11</sup> The person to whom goods are to be delivered “*physically presents it for delivery of the goods at the agreed discharge port*”.<sup>12</sup> The B/L to the ‘order of a named consignee’ other than the shipper (often the buyer of the goods) who can endorse it (usually “*on the reverse*” side) to a subsequent buyer or leave it blank facilitates the collection of the goods by the consignee to whom the B/L is transferred before surrendering it at the port of discharge.<sup>13</sup>

ed., Comares, 2018, p. 762; ANTÓN JUÁREZ (note 2), pp. 232–235.

<sup>5</sup> Spanish Act 14/2014 of 24 July 2014, on maritime navigation (Official State Gazette No. 125 of 26 May 2015).

<sup>6</sup> ES:APB:2020:3847A.

<sup>7</sup> C. DEBATTISTA, “Cargo claims and Bills of Lading”, in Y. BAATZ, *Maritime Law*, Informa Law from Routledge, 2020, pp. 183–187.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 183–187.

<sup>9</sup> Spanish Royal Decree of 22 August 1885 (Official Gazette Nos. 298 to 328, from 16 October to 24 November 1885), last modified by the Law 11/2018, of December 28, 2018 amending the Commercial Code, the revised Capital Companies Law approved by Legislative Royal Decree 1/2010, of 2 July 2010 and Audit Law 22/2015, of 20 July 2015, as regards non-financial information and diversity; moreover, the third book of the Spanish Commercial Code was repealed by the SAMN along with other laws on ship mortgage and other subjects.

<sup>10</sup> J. P. RODRÍGUEZ DELGADO, *El período de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías. De Bruselas a Rotterdam*, PhD thesis, University Carlos III, 2015, p. 174.

<sup>11</sup> DEBATTISTA (note 7), pp. 183–187.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 183–187.

<sup>13</sup> Alternatively, a B/L to the order of a bank may finance the purchase of the goods, usually by the buyer, under a letter of credit regulated by the International Chamber of Commerce’s UCP 600 (Uniform Customs & Practice for Documentary Credits). The charterer has the right to sue the carrier as well as the lawful holder of the B/L, i.e. the last buyer to whom the B/L is endorsed in a chain of sales of goods; DEBATTISTA (note 7), pp. 183–187.

## B) Non-negotiable transport documents

6. The non-negotiable documents serve as a receipt of the goods and are proof of the contract of carriage but fail to provide for the title to the goods. Sea waybills and ‘straight’ or ‘non-transferrable’ B/Ls do not require any transfer or endorsement of the B/L by the shipper to the buyer but the verification of the buyer’s identity by the carrier at the designated port of discharge.<sup>14</sup> The first identifies the party entitled to sue the carrier (the buyer or any other consignee) and “to whom the goods are delivered [...] when the B/L is issued” (e.g. intra-company shipments).<sup>15</sup> The consignee is not obliged to present the document at the port of discharge under Spanish law according to Article 271 SAMN: ‘when the carrier delivers a sea waybill stating the consignee, the latter shall be entitled to delivery of the goods at destination without the need to produce the document’. These are not considered documents of title under Article I(b) of the Hague and Hague-Visby Rules.<sup>16</sup> Article 250(2) SAMN sets out that B/Ls ‘to the order’ are transferred by endorsement.

7. The ‘straight’ or ‘non-transferrable B/L’ (‘nominative’ B/L under the SAMN) is “not made out to the bearer or anyone’s order” and secures that the cargo is not sold in transit. However, the shipper can change the name of the consignee and instruct the carrier at any time before reaching the port of destination.<sup>17</sup> Moreover, the buyer is left with no action against the carrier but can sue the shipper under the contract for the sale of goods.<sup>18</sup> The carrier can be sued by the shipper and the buyer.<sup>19</sup> Distinguishing between ‘straight’ or ‘to the order’ B/Ls is not easy, especially when the standard terms on the reverse of the B/L allow for both possibilities.<sup>20</sup> A contentious issue discussed by the House of Lords in the *Rafaela S* judgment,<sup>21</sup> regarding non-negotiable straight B/Ls, is the applicability of the Hague-Visby Rules to them. Straight B/Ls are considered “B/Ls under Article I(b) of the Hague and Hague-Visby Rules”.<sup>22</sup> However, these are considered a B/L, a ‘similar document of title’ to the B/L, under section 1(4) of the United Kingdom (UK) Carriage of Goods by Sea Act 1971, as opposed to section 1(2)(a) of

<sup>14</sup> DEBATTISTA (note 7), pp. 183–187.

<sup>15</sup> The Hague-Visby rules were applicable in the judgment of the Court of Appeal of England and Wales of 17 April 2018, *AP Moller Maersk A/S trading as Maersk Line v Kyokuyo Ltd (The Maersk Tangier)* [2018] EWCA Civ. 778, even if a B/L “was drafted (but not issued) to cover the shipment” and a sea waybill was issued instead, following the decision of the High Court of Justice of England and Wales (Queen’s Bench Division) of 14 April 1954, *Pyrene Co Ltd v Scindia Steam Navigation Co Ltd* [1954] 2 QB 402; M. GOLDBY, “The impact of new commercial practices on liner contracts of carriage: new wine in old skins?”, in *Research Handbook on Maritime Law and Regulation*. Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 241–242.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ DELGADO (note 10), p. 205.

<sup>17</sup> DEBATTISTA (note 7), pp. 183–187.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 183–187.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 183–187.

<sup>20</sup> English courts have held decisions on deciding the nature of the B/L; in the judgment of the Commercial Court (Queen’s Bench Division of the High Court of Justice) of 14 March 2000, *International Air and Sea Cargo GmbH v Chitral (Owners) (The Chitral)* [2000] 1 Lloyd’s Rep. 529, consignees were named but the B/L allowed for naming a ‘notify party’ and in its absence, the B/L was treated as a non-negotiable sea waybill, and thus, no B/L was required to be produced by the carrier to deliver the goods to the consignee, the original consignor bearing the right to sue based on that document; *vid.* Č. PEJOVIĆ, “Legal issues arising from delivery of goods without a bill of lading: case study of some Asian jurisdictions”, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 45, No. 160, 2006, pp. 1–20, at p. 15; S. BAUGHEN, *Shipping Law*, Informa Law from Routledge, 2019, p. 45; D. STEEL J. considered that this was a matter of construction considering the B/L “as a whole”; the same tribunal on its judgment of 17 May 2002, *Parsons Corp v C.V. Scheepvaartonderneming (The Happy Ranger)*; [2002] EWCA Civ 694; [2002] 2 Lloyd’s Rep. 357, where in fact no B/L was issued, the court held that the B/L was an ‘order’ and not a ‘straight’ B/L; R. AIKENS, R. LORD, M. BOOLS, *Bills of Lading*, 2nd Edition, Informa Law from Routledge, 2015, at [2.40]; small changes in the draft of the B/L may have relevant consequences, as in the *Chitral* case, and unless words such as non-negotiable or non-transferable are included in the B/L or ‘to order’ in the box where the consignee is named, the B/L will be a straight B/L even if “the small print above the signature may stipulate for delivery to the named person ‘or assigns’”; J. COOKE, T. YOUNG, J. KIMBALL, L. LAMBERT, A. TAYLOR, and D. MARTOWSKI, *Voyage Charters*, 4th Edition, Informa Law from Routledge, 2014, at [18.143]; see AIKENS *et al.* (*supra*), at [11.14].

<sup>21</sup> Judgment of the House of Lords of 16 February 2005, *J. I. Macwilliam Co Inc v Mediterranean Shipping Co SA (The Rafaela S)* [2005] UKHL 11; [2005] 1 Lloyd’s Rep. 347

<sup>22</sup> BAUGHEN (note 20), p. 98.

the UK Carriage of Goods by Sea Act 1992.<sup>23</sup> Section 4 of COGSA 1992 is not applicable to them.<sup>24</sup> The straight B/L embodies “constructive possession of the goods” and under common law, it is considered a document of title regarding the identification of the consignee to whom the goods are delivered that needs to be known by the carrier but not regarding the delivery of goods.<sup>25</sup>

**8.** Under Spanish law, Article 248(1)(2) SAMN requires the B/L to mention ‘*the name and surname or company name and the address or main establishment of the consignor and, if the bill is nominative (a straight B/L), those of the consignee*’, ‘*at the moment of delivery to the consignor*’. Nominative B/Ls are transmitted ‘*by assignment according to the rules governing assignment of non-endorsable credits*’ (Article 250 SAMN). These are found in the Spanish Code of Commerce, requiring the mere assignment ‘*by the creditor without the need for consent by the debtor, for which it shall suffice to notify him of the transfer*’; moreover, the debtor is ‘*bound to the new creditor by virtue of the notification*’ (Article 347). The latter requirement, notification to discharge the cargo to the consignee is not set out in the Hague Rules but constitutes a requirement under Spanish law.<sup>26</sup> Moreover, the assignor is not liable for the solvency of the debtor but only for the legitimacy of the credit (Article 348).<sup>27</sup> Finally, ship’s delivery orders are similar to sea waybills or straight B/Ls but apply to the carriage of bulk cargo delivered to two or more buyers.<sup>28</sup>

**9.** The B/L usually contains the general terms at the end, including the dispute resolution clause. The effectiveness of the conveyance of the B/L and the jurisdiction clause included therein under Spanish law is the topic analysed in the judgment of the Commercial Court of Barcelona No 15 of 29 May 2020. As it has been explained, the first issue to consider in this case derives from the nature of the B/L, that unlike the non-negotiable transport documents such as the sea waybill, conveys its effectiveness (and thus, the title to the goods) to a third party. It stands as a proof of the existence of the contract but it has translational effectiveness of the property of the goods, unlike the sea waybill. The latter normally indicates the place of origin and the recipient if this party needs to pay the seller, who may also be their shipper, for the goods.

**10.** Since the concept has been explained of the title to the goods that the B/L represents in the hands of the consignee, the judgment of the Provincial Court of Barcelona leads to the next question: does the conveyance of the B/L, including its jurisdiction clause, to the consignee comply with EU law? The next sections provide the facts of the case, the decision of the court of first instance, the grounds of the decision and some concluding remarks.

### III. Facts

**11.** The shipper and consignor of the goods (Empacreci, SA), delivered the cargo from Guayaquil (Ecuador) to the consignee and receiver of the cargo (Congemasa, SL), in Valladolid (Spain). The claimant, Zurich Insurance PLC (the insurer), sued the defendant, CMA CGM Ibérica SAU (CMA), claiming €96,656.38 for compensation to be paid to the insured party, Congemasa, for damage suffered during the carriage of goods by sea.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>24</sup> AIKENS *et al.*, (note 20), at [2.68].

<sup>25</sup> FOXTON *et al.* (note 1), at [5–007]; AIKENS points out that two requirements have to be met to consider the straight B/L as a document of title under common law: it is not enough for a document “produced to obtain delivery” to be considered a document of title; and even if the straight B/L is transferred once to the consignee it does not transfer “symbolic possession” by endorsement, and is not just title, unlike a document of title; AIKENS *et al.*, (note 20), at [6.11].

<sup>26</sup> F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, CSIC, 1957, p. 26; however, the judgment of the Spanish Supreme Court of 3 March 1997, ES:TS:1997:1494, considered, after analysing the American doctrine and case law, that ‘straight’ B/Ls and sea waybills, unlike the B/Ls ‘to order’ or ‘to bearer’ do not require the consignee to surrender the originals to the carrier at the port of discharge (ground 1); the court equals ‘straight’ B/Ls and ‘sea waybills’, contrarily to the opinion of RODRÍGUEZ DELGADO (note 10), p. 200.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ DELGADO (note 10), p. 200.

<sup>28</sup> DEBATTISTA (note 7), pp. 183–187.

12. We assume that the B/L (no. GQL0153353) was made ‘*to order*’ and endorsed to Congemasa since there is no other indication in the case. The B/L contained an exclusive jurisdiction clause in favour of the Commercial Court of Marseille (France) in relation to any claim arising out of that document. CMA opposed the jurisdiction of the Commercial Court No 4 of Barcelona by resorting to the dispute resolution clause included in the B/L. The tribunal, in its Order of 4 June 2019, declined jurisdiction in favour of the French courts of Marseille following the choice of court agreement included in the B/L.<sup>29</sup>

#### IV. Grounds for appeal

13. The defendant, CMA, argued that the Commercial Court of Marseille had jurisdiction to hear the case. The Commercial Court of Barcelona upheld this view and declined jurisdiction in the first instance based on the choice of court agreement found in the B/L.<sup>30</sup> The appellant (and claimant in the first instance), Zurich, alleges that the Commercial Courts of Barcelona have jurisdiction to hear the case. The provided reasons are the following:<sup>31</sup>

- 1) Considerations on the privity of contract. B/L clauses were negotiated between the shipper of the goods, Empacreci, and the carrier. However, the consignee, Congemasa, did not intervene in the negotiation and the B/L clauses cannot be unilaterally imposed on third parties. Zurich, the insurer, subrogated<sup>32</sup> in the rights of Congemasa, is not bound by such terms. The amounts claimed by CMA for the cargo damage cannot be heard by the Commercial Court of Marseille. The B/L, and thus the jurisdiction clause, is only enforceable against the contractual counterparts and is not opposable to third parties.
- 2) The Commercial Court of Marseille has no relationship with the contract of affreightment nor with the parties, since the defendant, Congemasa, is domiciled in Barcelona.
- 3) The Provincial Court of Barcelona follows its own doctrine set out by the Order rendered on 21 December 2016, in a similar case containing a choice of court agreement in favour of the courts of Marseille. The court declared null and void the clauses not negotiated according to Article 468 SAMN.

14. The defendant, CMA, argued that the parties in dispute are international companies, that there was no abuse during the contract negotiations and that Zurich’s insured signed the B/L without raising any complaint before signing it. Moreover, CMA objected to the Provincial Court of Barcelona’s doctrine stressing that unenforceability of choice of court agreements only refers to third parties to the contract and not to insurance companies subrogated into the rights of their policyholders.<sup>33</sup>

#### V. Grounds of the decision

15. The Provincial Court of Barcelona backs its arguments regarding the enforceability of jurisdiction clauses inserted into a B/L by relying on the doctrine set out in its Order of 21 December 2016,<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 1.

<sup>30</sup> *Ibid.*, para. 2–3.

<sup>31</sup> *Ibid.*, para. 4.

<sup>32</sup> When Spanish law applies, the insurer subrogates in the rights and obligations of the insured under the conditions and limitations set out by Article 437(5) SAMN, with similar provisions to the insurance on cargo carried by land prescribed by Article 43 of the Spanish Act, 50/1980 of 8 October 1980, on Insurance Contracts (Official Journal No. 250 of 17 October 1980); T. FERNÁNDEZ-QUIRÓS TUÑÓN, J. LÓPEZ QUIROGA, and A. CABELLOS BALLEÑILLA (eds.), *Guía sobre la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Uría Menéndez, 2014, p. 68.

<sup>33</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para 5.

<sup>34</sup> ECLI: ES: APB: 2016: 5241A.

reiterated in the judgment of 23 July 2019,<sup>35</sup> among others. The court stresses that the doctrine, in line with that of the Spanish Supreme Court, had to be reviewed after the entry into force of the SAMN.<sup>36</sup>

16. As FERNÁNDEZ ROZAS points out,<sup>37</sup> the unification of the Spanish laws on jurisdiction has ‘facilitated a generalised recognition of the choice of court agreements’,<sup>38</sup> fostering not just their predictability and effectiveness in international transactions but also their admission by courts against any obstacles posed by national regulations. This is evidenced by the protective rules enshrined in Article 22 of the Spanish Law on the Judiciary (SOLJ).<sup>39</sup> According to the CJEU in the *Benincasa* case:<sup>40</sup>

“A jurisdiction clause, which serves a procedural purpose, is governed by the provisions of the Convention, whose aim is to establish uniform rules of international jurisdiction. In contrast, the substantive provisions of the main contract in which that clause is incorporated, and likewise any dispute as to the validity of that contract, are governed by the *lex causae* determined by the private international law of the State of the court having jurisdiction”.

17. That Article sets out the scope of the Spanish court’s powers to assume exclusive jurisdiction, general jurisdiction in the absence of the parties’ choice of court agreement and, finally, jurisdiction based on the choice of forum. The latter can be submitted to foreign courts when public order and sovereignty are not compromised, following the Spanish Supreme Court’s doctrine on the interpretation of the Spanish procedural rules.<sup>41</sup> Moreover, ‘*Spanish civil courts shall refrain from dealing with any matters brought before them where any of the following circumstances may exist [...] where a matter is exclusively attributed to another state’s jurisdiction by virtue of an international treaty or convention to which Spain is a party*’, according to Article 36(2)(b) of the Spanish Law on Civil Procedure (SLCP).<sup>42</sup>

## 1. Party autonomy in contracts for the carriage of goods by sea

18. The principle of party autonomy, according to the judging tribunal and the Spanish Supreme Court’s doctrine, is enshrined in Article 1255 of the Spanish Civil Code,<sup>43</sup> Article 21 of the SOLJ, as well as Article 25 of the Brussels I Regulation (recast).<sup>44</sup> The first Article provides that ‘*the contracting par-*

<sup>35</sup> ECLI: ES: APB: 2019: 9715.

<sup>36</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 6.

<sup>37</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional = Alternatives and uncertainties of the dispute settlement clauses in international maritime contracts”, CDT, Vol. 10, No. 2, 2018, p. 351.

<sup>38</sup> See A. RODRÍGUEZ BENOT, “Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968 (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C–269/95, ‘*Francesco Benincasa c. Dentalkit SRL*’, de 3 julio 1997)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 6, 1997, pp. 1651–1660; the same autor comments on the *Benincasa* judgment in “Jurisprudencia Española y Comunitaria de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, Vol. 50, No. 1, 1998, pp. 277–342, at pp. 292–297; as cited by FERNÁNDEZ ROZAS (note 37), p. 351.

<sup>39</sup> Law 6/1985 of 1 July 1985 on the Judiciary ([‘*Ley Orgánica del Poder Judicial*’ (LOPJ)] published in the Official State Gazette no 157 of 2 July 1985, as amended up to Law No 16/2015 of 27 October 2015.

<sup>40</sup> Judgment of the CJEU of 3 July 1997, *Francesco Benincasa v Dentalkit Srl.*, C-269/95, EU:C:1997:337, para. 25.

<sup>41</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 7.

<sup>42</sup> Spanish Law 1/2000 of 7 January on Civil Procedure ([SLCP] ‘*Ley de Enjuiciamiento Civil*’ [LEC] in Spanish) published in the Official State Gazette No 7 of 8 January 2000 and amended by Spanish Law 42/2015 of 5 October; judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 8.

<sup>43</sup> Spanish Civil Code, approved by Royal Decree of 24 July 1889 (Official State Gazette No 206 of 25 July 1889).

<sup>44</sup> Article 25 of 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 2012, L351/1 (Brussels I Regulation (recast)); *vid.* Article 23 of Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ 2001, L 012/1 (Brussels I Regulation), and Article 17 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).

*ties may establish any covenants, clauses and conditions deemed convenient, provided that they are not contrary to the laws, to morals or to public order*. The second Article provides in its first paragraph that ‘*Spanish courts will hear claims arising in the Spanish territory*’, subject to international conventions ratified by Spain, as well as EU regulations and Spanish laws. This is reinforced by the fact that Article 4 bis (1) SOLJ compels the Spanish judges to apply EU law in accordance with the CJEU’s jurisprudence.

**19.** First, the transaction to where the choice of court agreement points giving rise to the dispute must fall within the scope of application of the Brussels I Regulation (recast): (a) material, i.e. civil and commercial under Article 1(1), with the exclusion under Article 1(2) of status and capacity, maintenance obligations, social security obligations, wills and succession, arbitration, bankruptcy and insolvency proceedings, rights in property arising out of a matrimonial or analogous relationship; (b) temporal, since 1 January 2015; (c) personal, regardless of the domicile or nationality of the parties although national law applies to non-EU domiciled defendants and the Regulation to EU domiciled defendants, with the exceptions available under Articles 17(2), 24 or 25 of the Regulation; (d) and geographical, i.e. in all the EU territory.<sup>45</sup>

**20.** Second, Article 25 (exclusive jurisdiction agreements) of the Brussels I Regulation (recast) prevails over the general rule of Article 4 (domicile of the defendant), but both are displaced by Article 26 (tacit agreement) of the Regulation. The conditions for the formal validity and the consent of the parties in case of submission agreements to EU Member State courts are included in Article 25. None of the parties is required to be domiciled in an EU Member State. However, the provision does not contain the requirements for the substantive validity of the choice of forum clauses that are ‘*subject to the law of the EU Member State court where enforcement is sought*’.<sup>46</sup>

**21.** Any agreement conferring jurisdiction on the courts of an EU Member State is ineffective unless it fulfils one or more of the following conditions set out in Article 25(1) of the Regulation: (a) ‘*in writing or evidenced in writing*’; (b) *in a form which accords with practices which the parties have established between themselves*’;<sup>47</sup> 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*’ (in the present case of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, in shipping trade). Regarding the latter condition, the CJEU has rendered several preliminary rulings.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> P. FRANZINA, “The recasting of Brussels I Regulation - Scope of application and Jurisdiction in civil and commercial Matters”, *EJTN Civil Justice seminar, Brussels I regulation – jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil matters*, Zagreb, 16 May 2018.

<sup>46</sup> J. ECHEBARRIA 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? = Las limitaciones a la autonomía la voluntad de las partes en las cláusulas atributivas de jurisdicción y las cláusulas de arbitraje basadas en la ley aplicable y la identidad del transportista en las reclamaciones por pérdida o daños a las mercancías: ¿a quién y dónde se puede reclamar?”, *CDT*, vol. 11, No. 1, 2019, pp. 306-321, at p. 308.

<sup>47</sup> *Vid.* the judgment of 14 October 2000 rendered by Lord Justice AIKENS at the Commercial Court (Queen’s Bench Division) of the High Court of England & Wales, *OT Africa Line Ltd v Hijazy (The Kribi)* [2001] 1 Lloyd’s Rep. 76.

<sup>48</sup> See the judgments of the CJEU of: 14 December 1976, *Estasis Salotti di Colzani Aimò e Gianmario Colzani s.n.c. v Riiwa Polstereimaschinen GmbH*, C-24-76, EU:C:1976:177; 14 December 1976, *Galleries Segoura SPRL v Société Rahim Bonakdarian*, C-25-76, EU:C:1976:178; and 14 December 1977, *Theodorus Engelbertus Sanders v Ronald van der Putte*, C-73-77, EU:C:1977:208.

## 2. Validity of the parties' consent to be bound by a jurisdiction agreement included in a B/L

22. The Provincial Court of Barcelona refers to its Order of 18 March 2009,<sup>49</sup> regarding the requirements for the valid consent by the parties to a choice of court agreement:<sup>50</sup>

- a) The court refers to the *Transporti Castelletti* case<sup>51</sup> to assess the parties' consent to a jurisdiction clause; it needs to be consistent with the “*practice in force in the area of international trade or commerce in which the parties in question are operating and the parties are or ought to have been aware of that practice*”;<sup>52</sup> moreover, “*in international trade or commerce, a jurisdiction clause may be validly concluded in a form which accords with practices in that trade or commerce of which the parties are or ought to have been, aware*”,<sup>53</sup> as prescribed by the third novel hypothesis to the second sentence of the first paragraph of Article 17, introduced by the Accession Convention of Denmark, Ireland, and the United Kingdom of 9 October 1978;<sup>54</sup> finally, it must be “*assessed solely in the light of the commercial usages of the branch of international trade or commerce concerned, without taking into account any particular requirements which national provisions might lay down*”;<sup>55</sup>
- b) “*There is a practice in the branch of trade or commerce in question in particular where a particular course of conduct is generally and regularly followed by operators in that branch when concluding contracts of a particular type*”;<sup>56</sup>
- c) “*Knowledge of the practice must be appreciated in relation to the original parties to the jurisdiction agreement, regardless of their nationality in this regard*”;
- d) Finally, the Provincial Court of Barcelona refers to dilatory practices, such as the ‘*Italian torpedo*’ actions,<sup>57</sup> aimed at filing claims in courts other than those designated by the parties to challenge the validity of the choice of court agreements included in B/Ls. That practice, followed by numerous shippers endorsing B/Ls, “*does not modify their validity while their incorporation continues being accredited and corresponds to a general and regular practice*”.

23. The most important requirement set out in the *Transporti Castelletti* case, self-explanatory, is that the commercial usages generally followed by the shipping industry must be followed, without resorting to any national law requirements. It is usual practice that a jurisdiction clause contained in or incorporated into a B/L can be invoked against the third party B/L holder since the latter is surrogated

<sup>49</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona No. 15 of 18 March 2009, ES: APB 2009 / 4315A.

<sup>50</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 10.

<sup>51</sup> Judgment of the CJEU of 16 March 1999, *Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v Hugo Trumpy SpA*, C-159/97, EU:C:1999:142.

<sup>52</sup> Judgment of the CJEU of 20 February 1997, *MSG v Les Gravières Rhénanes SARL*, C-106/95 EU:C:1997:70, para. 20.

<sup>53</sup> *Les Gravières Rhénanes*, para. 16; *Castelletti*, para. 18.

<sup>54</sup> Council Convention, signed at Luxembourg on 9 October 1978, on the accession of the Kingdom of Denmark, of the Republic of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, 78/884/EEC, 1978, OJ L 304/1.

<sup>55</sup> *Castelletti*, para. 39.

<sup>56</sup> *Les Gravières Rhénanes*, para. 23.

<sup>57</sup> The ‘*Italian torpedo actions*’ can be characterised as negative but positive declaratory judgments, as stated by J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ in a written communication provided to this author on 26 November 2020; furthermore, the ‘*Italian torpedo actions*’ follow the ‘*prior in tempore potior in iure*’ principle, and are no longer available under the Brussels I Regulation (recast) regime, requiring that the EU Member State court chosen by the parties assesses its jurisdiction to hear the case under Article 31(2) while the court first seised stays the proceedings according to Article 29 (1). Furthermore, Article 29(2) states that ‘any other court seised shall without delay inform the former court of the date when it was seised in accordance with Article 32’; J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, *Jurisdiction and arbitration agreements in contracts for the carriage of goods by sea – limitations on party autonomy*, Informa Law from Routledge, 2021, p. 29; the doctrine has widely analysed the ‘*Italian torpedo actions*’, *vid.* J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: forum shopping y demandas torpedo”, *CDT*, Vol. 2, No. 2, 2010, pp. 315-331; and P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: la litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA*”, *CDT*, Vol. 5, No. 1, 2013, pp. 240-253.

into the rights and obligations of the shipper.<sup>58</sup> The requirements regarding the formal and substantive validity of that agreement of Article 25(1) of the Brussels I Regulation (recast) must be observed.

### 3. Effectiveness of the conveyance of B/L clauses to third parties under the CJEU's doctrine

24. Some scholars have expressed that the main problem in the shipping sector derives from the fact that unlike the carrier, “certain agents involved in the carriage of goods by sea under the B/L regime, the shipper and the receiver of the goods in particular”, are unaware of the jurisdiction and applicable law according to that document.<sup>59</sup> It is widely understood by the doctrine that the “*mere printing of a clause on the back of a B/L is not generally enough*” to incorporate the choice of court agreement.<sup>60</sup> The shipper must assent in writing or comply with any of the conditions set out in Article 25(1) the Brussels I Regulation (recast).<sup>61</sup> As stated by the CJEU in the *Tilly Russ*<sup>62</sup> and *Trasporti Castelletti* judgments, the proper assent by the shipper binds the endorsee. English courts, bearing a long tradition in shipping and cargo claim disputes, follow this approach when applying the Brussels I Regulation (recast).<sup>63</sup> The Provincial Court of Barcelona correctly relies on the doctrine set out by the *Coreck Maritime* case<sup>64</sup> in this respect by stating that when:<sup>65</sup>

“a party not privy to the original contract against whom a jurisdiction clause is relied on has succeeded to the rights and obligations of one of the original parties [...] according to the applicable national law, [...] there is no need to ascertain whether he accepted the jurisdiction clause in the original contract”.

25. The third party B/L holder acquires no more than the rights and obligations vested in the original parties and is subject to all the obligations included in the B/L, including the choice of court agreement. Regarding the enforceability of a jurisdiction clause, included in a B/L and agreed between a carrier and a shipper, against a third party bearer of a B/L, the latter must have “*succeeded to the rights and obligations of the shipper under the applicable national law when he acquired*” it; if the answer is negative, the conditions must be ascertained according to Article 25 of the Brussels I Regulation (recast).<sup>66</sup>

26. The determination of the applicable national law to determine the rights and obligations of a third party bearer of a B/L “*falls within the jurisdiction of the national court, which must apply its rules of private international law*”.<sup>67</sup> Furthermore, any “*lacuna in the applicable national law, apart from being hypothetical, is not one of the interpretation of the [Brussels] Convention (currently the Brussels I Regu-*

<sup>58</sup> U. BELINTXON MARTIN, “Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM = Private International Law and Maritime International Law: jurisdiction and jurisdiction agreements in Law of Maritime Navigation”, *CDT*, No. Vol. 12, No. 2, 2020, pp. 112–135, at p. 129.

<sup>59</sup> V. FUENTES CAMACHO and R. SANZ ABASCAL, “¿Puede afectar una cláusula de sumisión expresa incluida en un conocimiento de embarque a una aseguradora que alega no haberla suscrito? (algunas reflexiones en torno a la Sent. TS (Sala 1ª) de 29 septiembre 2005)”, *La Ley*, No. 6390, 2005, pp. 2–3; in FERNÁNDEZ ROZAS (note 37), p. 357.

<sup>60</sup> FOXTON *et al.* (note 1), at [21-006].

<sup>61</sup> Judgment of the CJEU of 19 June 1984, *Partenreederei ms. Tilly Russ and Ernest Russ v NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout*, C-71/83, ECLI:EU:C:1984:217; see also the judgment of 14 October 2000 of the Commercial Court (Queen’s Bench Division) of the High Court of England & Wales, *OT Africa Line Ltd v Hijazy (The Kribi)* [2001] 1 Lloyd’s Rep. 76.

<sup>62</sup> Judgment of the CJEU 19 June 1984, *Partenreederei ms. Tilly Russ and Ernest Russ v NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout*, C-71/83, EU:C:1984:217.

<sup>63</sup> Undisclosed principals concerning a bareboat charterparty and a CIF buyer in relation to a B/L to were bound by exclusive jurisdiction agreements in: *Kaefer Aislamientos SA de CV v AMS Drilling Mexico (The Atlantic Tiburon 1)* [2019] EWCA Civ 10; [2019] 2 Lloyd’s Rep. 128; and *Pan Ocean Co Ltd v China-Base Group (The Grand Ace 12)* [2019] EWHC 982 (Comm); [2019] 1 Lloyd’s Rep. Plus 76, respectively; D. FOXTON *et al.* (note 1), at [21-006].

<sup>64</sup> Judgment of the CJEU of 9 November 2000, *Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV and Others*, Case C-387/98, EU:C:2000:606.

<sup>65</sup> *Coreck Maritime*, para. 25; *Tilly Russ*, para. 25; *Trasporti Castelletti*, para. 41.

<sup>66</sup> *Coreck Maritime*, para. 27; the judgment refers to Article 17 of the Brussels Convention, currently Article 25 of the Brussels I Regulation (recast).

<sup>67</sup> *Coreck Maritime*, para. 30.

lation (recast))”.<sup>68</sup> This intricate system relies on the Brussels I Regulation (recast)’s Recital 20 that states the following: ‘*where a question arises as to whether a choice-of-court agreement in favour of a court or the courts of a Member State is null and void as to its substantive validity, that question should be decided in accordance with the law of the Member State of the court or courts designated in the agreement, including the conflict-of-laws rules of that Member State*’. The Recital is consistent with the first sentence of Article 25(1) of the Brussels I Regulation (recast) that clarifies 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 substantive validity of the choice of court agreement must be assessed in the light of the law of the chosen courts, being the courts of Marseille in the present case.

#### 4. Divergence from the CJEU’s doctrine regarding the rights and obligations of the third party endorsee to the B/L containing a jurisdiction agreement negotiated between the shipper and the carrier

27. The Provincial Court of Barcelona reiterates the validity of the doctrine set out in its Order of 21 December 2016. The tribunal, following the Advocate General (A. G.) Alber’s Opinion<sup>69</sup> in the *Coreck Maritime* case, dares to step not just into interpreting the CJEU’s preliminary ruling but also amending it. Accordingly, the national court decides which national law applies “*to determine whether the third-party holder of a bill of lading has succeeded to the shipper’s rights and obligations*”; the same principle applies when this is not regulated under national law.<sup>70</sup>

28. The Spanish court, contrarily, reiterates that it has previously accepted that these clauses are binding on third party B/L holders in its Orders of 18 March 2009<sup>71</sup> and 11 March 2010<sup>72</sup> in accordance with the current Article 25 of the Brussels I Regulation (recast),<sup>73</sup> following the Spanish Supreme Court’s judgment of 29 September 2005.<sup>74</sup> The latter correctly applies the doctrine set out by the CJEU in the *Trasporti Castelletti* case. Furthermore, the judgment of the Provincial Court of Barcelona of 13 February 2019<sup>75</sup> declares that dilatory tactics such as filing claims at courts other than the one designated under the forum agreement does not make customs and usages followed in the shipping sector to decay.<sup>76</sup> The validity of such jurisdiction clauses is not privy to the carrier and the shipper who signed the B/L and extends to a third party endorsee such as the insurance company subrogated in its insured’s

<sup>68</sup> *Coreck Maritime*, para. 31; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Prorogation of Jurisdiction - Choice of Court Agreements and Submission (Arts. 25-26)”, in A. DICKINSON, E. LEIN, and A. JAMES (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, pp. 25–26.

<sup>69</sup> Opinion of Advocate General (A. G.) ALBER delivered on 23 March 2000, *Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV and Others*, C-387/98, EU:C:2000:157.

<sup>70</sup> A. G. ALBER’s conclusions at para. 4; the judgment of the Provincial Court of Barcelona of 21 December 2016 reaches the same conclusions; judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 13.

<sup>71</sup> ES:APB 2009/4315.

<sup>72</sup> ES:APB 2010/2627.

<sup>73</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 14.

<sup>74</sup> ES:TS:2005:5650; the Spanish Supreme Court reiterates its doctrine in the judgments of 8 February 2007, ES:TS:2007:452, and 16 May 2008, ES:TS:2008:2182; judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 15.

<sup>75</sup> ES:APB:2016:5241A; for a further analysis on the judgment, *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “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 jurisprudential orientation in relation to the validity and scope of the submission clause in favour of a foreign court contained in a bill of lading. Commentary on the Judgment of 13 February 2019 of the Provincial Court of Barcelona (Section 15)”, *CDT*, Vol. 11, No. 2, 2019, p. 388–401, at p. 396.

<sup>76</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 13 February 2019, para. 3.

position (judgment of the Spanish Supreme Court of 8 February 2007).<sup>77</sup> The third party must succeed the shipper in his rights and obligations in accordance with the national applicable law to the contract as already mentioned regarding the *Coreck Maritime* case.<sup>78</sup> However, the Provincial Court of Barcelona acknowledges that the SAMN has modified the previous legal regime.<sup>79</sup>

29. points out that Spanish judges will apply EU law following the CJEU's jurisprudence according to Article 4 bis (1) SOLJ, and Article 21(1) SOLJ sets out that the '*Spanish civil courts will hear claims that arise within Spanish territory in accordance with the stipulations of the international conventions and treaties to which Spain is a party, the regulations of the European Union and Spanish laws*'. The SAMN has translated this statement in its Article 2(1), under which the Act is applicable when it does not contravene the provisions of EU law regulating the same matters.

30. Article 469 SAMN establishes the criteria conferring jurisdiction in the absence of a valid jurisdiction or arbitration agreement in favour of Spanish tribunals. Article 468 SAMN ('*Jurisdiction and arbitration clauses*') requires the individual and separate negotiation of dispute resolution clauses<sup>80</sup> while Article 251 SAMN ('*Effectiveness of conveyance*')<sup>81</sup> prescribes that consent must be given by the acquirer of the goods. As stated by some scholars, national legislative changes do not contravene the requirements for the validity of a jurisdiction or arbitration agreement subject to an international treaty.<sup>82</sup> Moreover, Articles 22 bis (2) SOLJ and 468 SAMN include rules applicable in the absence of a choice of forum that lie within the scope of Article 25 of the Brussels I Regulation (recast).<sup>83</sup> According to the Preamble (section XI) of the Act, a reform is sought:

*'On the basis of the rules of Act 1/2000, dated 7th January, on Civil Procedure, Title IX of the Act concerns the 'procedural specialities.'*

*Chapter I contains what are known as specialities of jurisdiction and power that, based on the preferential application in this matter of the rules contained in the international conventions and in the provisions of the European Union, aims to avoid abuse detected, declaring the nullity of clauses of submission to a foreign jurisdiction or arbitration abroad, contained in ship use contracts or in ancillary navigation contracts, when these have not been negotiated individually and separately'.*

31. '*Prorogatio fori*' is the positive effect as a result of a choice of an EU Member State court by the parties, regardless of their domicile, in a charterparty or a B/L,<sup>84</sup> and the separability of this agree-

<sup>77</sup> As stated in the second ground of the judgment of the Spanish Supreme Court of 8 February 2007, ES:TS:2007:452FD; ANTÓN JUÁREZ (note 2), pp. 232–235.

<sup>78</sup> *Coreck Maritime*, paras. 23 and 24.

<sup>79</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 16.

<sup>80</sup> According to that provision:

*'Without prejudice to the terms foreseen in the international conventions in force in Spain and the provisions of the European Union, clauses of submission to a foreign jurisdiction or arbitration abroad shall be null and void and considered not to be included, as set forth in contracts for use of the ship, or in ancillary navigation contracts, when they have not been negotiated individually and separately.*

*In particular, insertion of a jurisdiction or arbitration clause in the printed conditions of any of the contracts referred to in the preceding paragraph shall not provide evidence, in itself, of fulfilment of the requisites established therein'.*

<sup>81</sup> Article 251 SAMN provides the following:

*'Conveyance of the bill of lading shall take the same effects as delivery of the goods represented, without prejudice to the relevant criminal and civil actions to which the party illegitimately dispossessed of such may be entitled. The acquirer of the bill of lading shall acquire all the rights and actions of the conveyor to the goods, with the exception of agreements regarding jurisdiction and arbitration, which shall require the consent of the acquirer pursuant to the terms stated in Chapter I of Title IX'.*

<sup>82</sup> A. BADIA, "Jurisdicción y competencia", in J. C. FUENTES GÓMEZ *et al.* (eds.), *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, 2015, pp. 417 *et seq.*, at p. 426; N. IRÁCULIS ARREGUI, "La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima", *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, No. 19, 2017, pp. 173–208; in ECHEBARRIA FERNÁNDEZ (note 57), pp. 75–76.

<sup>83</sup> See F. GARAU SOBRINO, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional Español", *CDT*, Vol. 2, No. 2, 2010, 52–91; J. J. ÁLVAREZ RUBIO (note 75), at p. 396; in ECHEBARRIA FERNÁNDEZ (note 57), pp. 75–76.

<sup>84</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resolu-

ement makes it enforceable even if the contract is declared null or invalid according to Article 25(5) of the Brussels I Regulation (recast).<sup>85</sup>

**32.** The Provincial Court of Barcelona recognises that Article 25 is applicable to the jurisdiction agreements contained in a B/L binding the shipper and the carrier (*inter partes*). It points out that when an agreement is in favour of the Spanish courts, these can judge its validity in accordance with Article 468 SAMN without displacing the European legislation, neither complementing nor introducing new requirements.<sup>86</sup> However, it does not reach the same conclusion as to whether a submission agreement binds the recipients and the successive B/L holders by relying, apparently, on the *Coreck Maritime* case.<sup>87</sup> The court points out that the effectiveness of the conveyance is contained in Article 251 SAMN, requiring the individual and separate negotiation to acquire the rights and obligations under the B/L,<sup>88</sup> i.e., subrogation on the shipper's rights according to the applicable legislation, to be decided by the national judge, or the signature.<sup>89</sup>

**33.** Is this interpretation consistent with the doctrine set out by the CJEU in judgments such as *Trasporti Castelletti* or *Coreck Maritime*? Certainly not; the verification of consent is necessary if the B/L holder does not acquire the rights and obligations of the shipper under national law.<sup>90</sup> What national law is applicable in the judgment of 29 May 2020 of the Provincial Court of Barcelona? French law applies, following the choice of court by the parties to solve their disputes, as the first sentence of Article 25(1) of the Brussels I Regulation (recast) certainly clarifies.

## 5. Applicability of the restrictive approach to the case

**34.** As the Provincial Court of Barcelona announces, following its line of argument, the B/L has been signed by Empacreci, SA (the shipper) and a carrier, to carry the goods from Guayaquil (Ecuador) to Valladolid (Spain), Congemasa being the consignee or receiver of the goods. The tribunal reiterates its doctrine, the Zurich needs to be “subrogated in the shipper's rights in accordance with applicable national law” to successfully be subject to the choice of the Commercial Court of Marseille.<sup>91</sup>

**35.** The Spanish Conflict of Laws or Private International Law determine the applicable law. Articles 8–12 of the Spanish Civil Code<sup>92</sup> does not cover all cases and “its provisions have been displaced, to a large extent, by Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I Regulation)”.<sup>93</sup> The Regulation excludes B/Ls from its material scope of application in the Preamble, at [9], and Article 1(2)(d), where it refers to any ‘obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character’.<sup>94</sup>

ciones”, Year XXXIV, No. 8013, *La Ley*, 2013, pp. 1–4; A. P. ABARCA JUNCO, “La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad”, in A. P. ABARCA JUNCO and others (eds.) *Derecho Internacional Privado*, UNED, 2013, p. 134; in ECHEBARRIA FERNÁNDEZ (note 57), pp. 75–76.

<sup>85</sup> J. J. ÁLVAREZ RUBIO (note 75), at p. 397; in ECHEBARRIA FERNÁNDEZ (note 57), pp. 75–76.

<sup>86</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 18.

<sup>87</sup> *Ibid.*, para. 19.

<sup>88</sup> *Ibid.*, para. 20.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para. 21.

<sup>90</sup> ECHEBARRIA FERNÁNDEZ (note 57), pp. 71–72.

<sup>91</sup> *Ibid.*, paras. 22–23.

<sup>92</sup> Spanish Civil Code, approved by Royal Decree of 24 July 1889 (Official State Gazette No 206 of 25 July 1889).

<sup>93</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>94</sup> Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, para. 24.

36. The court continues its analysis in the judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020 and points out that Article 10(3) of the Spanish Civil Code establishes that ‘the issuance of securities shall be subject to the law of the place where it takes place’ and thus, conveyance of the B/L is excluded from the provision. ‘*Possession, ownership and other rights*’ over movable property ‘*shall be governed by the law of the place where such property is located*’ (Ecuadorian law). The solution offered assimilates to the place of delivery set out in Article 5(1) of the Rome I Regulation, under which ‘*to the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country*’. If those conditions fail to be met, as in the case being analysed, ‘*the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated applies*’. However, the scope of analysis is based on “*the enforceability of the French jurisdiction clause rather than its validity*”.<sup>95</sup>

37. The court finally decides that Zurich cannot be subrogated in the position of its insured (Congemasa), since the latter was not subrogated in the rights and obligations of the shipper (Empacreci) regarding the French jurisdiction agreement that required its acceptance. The requirements of Article 251 SAMN (‘*consent of the acquirer*’ pursuant to an individual and separate negotiation) according to Article 468 SAMN are not met.<sup>96</sup> For the previous reasons, the court declares that Congemasa did not agree to submit any disputes to the Court of Marseille and that Zurich’s appeal is dismissed and the appealed resolution is declared null.<sup>97</sup> Regrettably, it is not the first time that the Provincial Court of Barcelona No. 15 has applied a restrictive approach that hinges on a distorted interpretation of the CJEU’s doctrine and, as already explained in this article, is presumably inconsistent with some of its previous decisions.

## VI. Final remarks: an unsound doctrine on the prevalence of Articles 468 and 251 SAMN over Article 25 of the Brussels I Regulation (recast)

38. FERNÁNDEZ ROZAS and BELINTXON MARTIN, among many scholars, criticise the Order of the Provincial Court of Barcelona of 21 December 2016 for the same reasons as those applicable to the case analysed in this commentary, refusing permission for the court to decline its jurisdiction in favour of the courts of Marseille.<sup>98</sup> The agreement was enforceable against a third party under French law and the effectiveness of the conveyance of the B/L terms could not be subject to Article 251 SAMN. The facts are the following: DECA 1285 S.L. claimed against the carrier for the theft suffered during the carriage of 20 tons of shrimps carried from Puerto Cortés in Honduras to the port of Algeciras in Spain. The Commercial Court of Barcelona No. 10 correctly applied Article 25 of the Brussels I Regulation (recast) though neither the shipper nor the recipient had signed the B/L and declined its jurisdiction in favour of the Commercial Court of Marseille. However, it is not a welcome development that, as previously stated, the requirements of Articles 468 and 251 SAMN regarding the conveyance of the B/L prevailed over the European rules.

39. The judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020, in the same manner, breaks with the customs and usages of the shipping sector, reinterpreting Article 25 of the Brussels I Regulation (recast), notably “on the governing law to verify the material validity of the agreement” submitted to an EU Member State court, France, in the case analysed in this commentary. The Provincial Court of Barcelona in its judgments of 23 July 2019,<sup>99</sup> 24 April 2020,<sup>100</sup> and 6 October 2020<sup>101</sup> follows the same

<sup>95</sup> *Ibid.*, para. 25.

<sup>96</sup> *Ibid.*, para. 26.

<sup>97</sup> *Ibid.*, para. 27.

<sup>98</sup> FERNÁNDEZ ROZAS (note 37), p. 362-363.

<sup>99</sup> ES:APB:2019:9715.

<sup>100</sup> ES:APB:2020:2814A.

<sup>101</sup> ES:APB:2020:7688A.

argument. Contrarily, some judgments from the Provincial Court of Barcelona No. 15 itself, such as the Order of 13 February 2019,<sup>102</sup> and other Spanish courts<sup>103</sup> have followed the Spanish Supreme Court's doctrine in relation to commercial customs and usages and the respect owed to the application of international treaties ratified by Spain as well as to the application of EU law.<sup>104</sup> Article 25 of the Brussels I Regulation (recast) prevails over the SAMN and remains as the applicable rule to determine the validity of a choice of court agreement. Article 468 SAMN applies to extra-EU Member State court agreements and “*private international arbitration agreements that do not fall within the scope of application of any international convention signed by Spain*”.<sup>105</sup> It can be argued that the recognition and enforcement of arbitral agreements is not subject to a restrictive approach in Spain, due to well-established judicial practice and a solid legal framework, as well as the global acceptance and high number of States parties to the New York Convention.<sup>106</sup>

**40.** The reasons provided to stress the contrariness of the Provincial Court of Barcelona's decision against EU law and the doctrine of the CJEU are the following: first, the national law applicable to the validity of the jurisdiction agreement is the one applicable by the court where the parties submit their disputes according to Article 25(1) of the Brussels I Regulation (recast) (French law); second, the clause should in a form that accords with the usages of the shipping sector, as set out in Article 25(1)(c) of the Regulation, and domestic laws should not be an obstacle to these well-known practices, according to *Trasporti Castelletti*; third, there is no need to assess the acceptance of the choice of court clause in the B/L once this is conveyed by the shipper to the consignee, including the choice of court agreement, according to *Coreck Maritime*; fourth, the negotiable character of the B/L has been widely and globally accepted as part of the usages of the shipping sector since it was first recognised by English courts; fifth, the endorsee (Congemasa) should be entitled to the goods if he received the B/L in good faith from the shipper (Empacreci) by endorsement; sixth, the purpose of the B/L is to transfer the clauses to the endorsee; and finally, the insurance company (Zurich) will be subrogated in the position of the endorsee and buyer (Congemasa) under French law; Zurich is not a mere third party that acts in good faith since it is subrogated in the rights and obligations of the endorsee.

**41.** The goal of the CJEU, as clarified in the *TNT-AXA*<sup>107</sup> and the *Nipponkoa*<sup>108</sup> cases involving the carriage of goods by road where the CMR<sup>109</sup> applies, is to guarantee, in relation to the “*national applicable law to verify the material validity of the choice of the forum agreements*” in civil and commercial matters, “*the free movement of judgments, the predictability as to the courts having jurisdiction*”, [...], the “*sound administration of justice*”, reducing “*the risk of parallel proceedings*”, and the “*mutual trust in the administration of justice*” in the EU.<sup>110</sup> In conclusion, this author believes that the

<sup>102</sup> ES:APB:2016:5241A.

<sup>103</sup> The following judgments stress the prevalence of Article 25 of the Brussels I Regulation (recast) over Articles 468 and 251 SAMN: Order of the Provincial Court of Pontevedra No. 1 of 16 October 2017, ES:APPO:2017:3336A; Order of the Provincial Court of Cadiz No. 5 of 8 July 2019, ES:APCA:2019:36A; Order of the Provincial Court of Madrid No. 28 of 5 July 2019, ES:APM:2019:2555A; and Orders of the Provincial Court of Valencia No. 9 of 11 October 2019, ES:APV:2019:3478A, and 18 November 2019, ES:APV:2019:4632A.

<sup>104</sup> BELINTXON MARTIN (note 58).

<sup>105</sup> A.–L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 4), p. 775; ANTÓN JUÁREZ (note 2), pp. 232–235.

<sup>106</sup> *Vid.* ECHEBARRIA FERNÁNDEZ (note 57), p. 85 on the validity of arbitration clauses in favour of foreign arbitral tribunals under Spanish law according to the Law 60/2003 of 23 December on arbitration (Official State Gazette No. 309 of 26 December 2003) and Article II(2) (formal validity) of the International Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) of 10 June 1958, 330 UNTS 38.

<sup>107</sup> Judgment of the CJEU of 4 May 2010, *TNT Express Nederland BV v Axa Versicherung AG*, C-533/08 EU:C:2010:243, para. 49.

<sup>108</sup> Judgment of the CJEU of 19 December 2013, *Nipponkoa Insurance Co (Europe) Ltd v Inter-Zuid Transport BV*, Case C-452/12, EU:C:2013:858, para. [36].

<sup>109</sup> Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), 399 UNTS 189 CMR.

<sup>110</sup> BELINTXON MARTIN (note 58), pp. 128–130, cites regarding the goals set out by the SAMN: J. C. FUENTE GÓMEZ, “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, in M. V. PETIT LAVALL and A. PUETZ (Dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, 2015, pp. 361–366; on

judgment of 29 May 2020 and its line of argument attempt to establish a protectionist and restrictive system for the conveyance of the B/L to a third party B/L holder, a ‘*forum exorbitantis*’ fuelled by the Spanish legislator that has no place from a commercial perspective. Furthermore, the judgment attempts to halt the European legislator’s quest for harmonisation of national laws and trespasses the limits set out by the CJEU’s doctrine.<sup>111</sup>

42. The European legislator not only failed to include any provisions on the transfer of jurisdiction clauses but also the so-called ‘*hybrid*’ dispute resolution clauses in the Brussels I Regulation (recast), as some scholars have pointed out.<sup>112</sup> As previously expressed in this commentary, English law and jurisdiction are among the most sought after by parties engaged in the carriage of goods by sea. Many standard charterparty and B/L forms include these among their clauses. No agreement had been reached between the UK and the EU at the time this commentary was drafted. However, it is clear that from 1 January 2021, EU law and thus the Brussels I Regulation (recast) will cease to apply in the UK for any disputes commencing after the transition period established by the EU Withdrawal Agreement expires. Regrettably, Spanish courts will cease to apply Article 25 of the Brussels I Regulation (recast) to submission clauses in favour of English courts, with several implications for case or cargo claim disputes. A new agreement will probably pave the way for the continuity of business as usual for legal operators. However, the rules already analysed, namely Article 22 SOLJ, will determine the conditions for the validity of choice of court agreements in favour of English tribunals and thus Articles 468 and 251 SAMN will set up the conditions for their validity and the conveyance of the B/L to the endorsee who is not privy to the shipper and the carrier’s contract. Overall, there will be no room for discrepancies in this case regarding the law applicable to the conveyance of a B/L containing a jurisdiction clause for the endorsee.

---

the drafts and ‘*travaux préparatoires*’ of the SAMN, see J. L. GOÑI ETCHEVERS, *Temas de Derecho Marítimo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 383 *et seq.*

<sup>111</sup> Y. REINHARD, I. BON-GARCIN, and M. BERNADET, *Droit des transports*, Dalloz, 2010, pp. 2 *et seq.*; BELINTXON MARTIN (note 58), and also from the same author, “Human Rights and Corporate Social Responsibility in Transport Companies. A Note on European Law”, *Cuadernos Europeos de Deusto / Deusto Journal of European Studies*, No. 63, 2020, pp. 269-294, at p. 273.

<sup>112</sup> ‘Hybrid’ dispute resolution clauses may include allowing the parties to choose between litigation or any alternative dispute resolution method (such as negotiation, mediation, conciliation or typically, arbitration); the agreement must refer to a transaction falling within the scope of application of the Brussels I Regulation (recast); ‘*hybrid*’ clauses can be unilateral (the claimant chooses where to sue) or asymmetrical (one party can choose between alternative dispute resolution and/or litigation, or between two or more courts); arbitration proceedings in London were allowed by the English Court of Appeal in an ‘*hybrid*’ agreement that provided for litigation in Brazil, where English law was effectively applied in spite of the choice of Brazilian law by the parties, in its judgment of 16 May 2012, *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v. Enesa Engenharia SA & Ors* [2012] EWCA Civ. 638 (the case does not concern the Brussels I Regulation (recast)); the French ‘*Cour de cassation*’ recognises these clauses in the judgment of 7 October 2015, *eBizcuss*; contrarily, see its judgments 26 September 2012, *Banque Rothschild*, and 25 March 2015, *Danne Holding*; the French court reasoned that these clauses must satisfy the requirements of the judgment of the CJEU of 20 April 2016, *Profit Investment SIM SpA v Stefano Ossi and Others*, C-366/13, EU:C:2016:282, i.e. consent of the parties, predictability and sound administration of justice); ‘*hybrid*’ clauses are recognised in the Order of the Provincial Court of Madrid No. 28 of 18 October 2013, ES:APM:2013:1988A, the judgment of the High Court of 24 May [2013] EWHC 1328 (Comm), the judgment of Court of the State of Bremen (*OLG Bremen*) of 28 June 2006, *SchiedsVZ*, 2007, but not in the case of German Federal Court of Justice (*BGH*) of 24 September 1998 – III ZR 133/97, NJW, 1999, pp. 282–283; GÓMEZ JENE believes that these ‘*hybrid*’ agreements should fall within the scope of Article 25 of the Brussels I Regulation (recast) if there is a valid litigation clause that complies with the formal and substantive requirements of the Regulation, although arbitration is excluded pursuant to Recital 12 and Article 1(2)(d); however, their applicability is doubtful under the Brussels regime; see M. GÓMEZ JENE, “El convenio arbitral: *statu quo* = The arbitration agreement: *statu quo*”, *CDT*, Vol. 9, No. 2, 2017, pp. 7–38, pp. 25–27; see from the same author, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *CDT*, Vol. 6, No. 2, 2014, pp. 112–129, at p. 113; R. FENTIMAN agrees, *vid.* chapter 2, “Managing Litigation Risk”, in *International Commercial Litigation*, 2<sup>nd</sup> ed., OUP, 2015, pp. 41–123.

AMBITO DI APPLICAZIONE MATERIALE DEL  
REGOLAMENTO 44/2001 E IMMUNITÀ DEGLI STATI ALLA  
LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA  
RELATIVA AL CASO RINA

MATERIAL SCOPE OF REGULATION 44/2001 AND STATE  
IMMUNITY FROM JURISDICTION: THE ECJ JUDGEMENT  
IN THE RINA CASE

CURZIO FOSSATI

*Dottorando nell'Università dell'Insubria  
Como/Varese*

Recibido: 15.10.2020 / Aceptado: 05.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5996>

**Riassunto:** Il presente contributo tratta della recente sentenza della Corte di giustizia relativa al caso Rina, nella quale viene affrontata la questione se una controversia relativa alla responsabilità degli enti di classificazione e certificazione di una nave di bandiera, per i danni causati dal naufragio della nave stessa, concerne la «materia civile e commerciale» e pertanto rientri nel campo di applicazione *ratione materiae* del regolamento 44/2001. La sentenza affronta altresì la questione se gli enti convenuti possano beneficiare dell'immunità statale dalla giurisdizione, riconosciuta dal diritto internazionale consuetudinario allo Stato su delega del quale hanno eseguito le suddette operazioni. Il contributo tratta dunque del rapporto tra l'ambito applicativo *ratione materiae* del regolamento Bruxelles I e l'immunità statale, nonché dell'incidenza di quest'ultimo principio di diritto internazionale consuetudinario sul diritto dell'Unione europea. Infine, traccia gli aspetti più rilevanti del bilanciamento, cui è chiamato il giudice del rinvio, tra il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale e l'immunità statale, i quali rischiano di entrare in conflitto nel caso di specie.

**Parole chiave:** Regolamento n. 44/2001/CE (n. 1215/2012/UE), materia civile e commerciale, immunità degli Stati dalla giurisdizione, attività di classificazione e certificazione delle navi di bandiera, effettività della tutela giurisdizionale.

**Abstract:** This paper deals with the recent judgment of the ECJ in the Rina case, concerning the liability of classification and certification bodies of a flag ship, for the damages caused by the sink of that ship, and the question whatever these kind of disputes concerns «civil and commercial matters» and fall within the scope of Regulation 44/2001. The ECJ's decision also addresses the question whether the defendant companies benefit from State immunity from jurisdiction, recognized by customary international law to the State by delegation of which they carried out the aforementioned operations. The paper tackles, in particular, the relationship between material scope of Brussels I Regulation and State immunity, as well as the impact of immunity on European Union law. Finally, the paper focuses on the balance between right to effective judicial protection and State immunity, which risk entering into conflict in the present case.

**Keywords:** Regulation No 44/2001/EC (and No 1215/2012/EU), civil and commercial matters, immunity from jurisdiction of foreign States, ship classification and certification operations, effective judicial protection.

**Sommario:** I. Introduzione. II. Le peculiarità del caso *Rina* III. Sussistenza della giurisdizione ai sensi del Regolamento n. 44/2001 (e n. 1215/2012) e immunità degli Stati: la rilevanza dell'ordine di trattazione delle questioni. IV. La diversità di presupposti tra ambito d'applicazione *ratione materiae* del Regolamento e immunità. V. L'applicabilità della nozione di «materia civile e commerciale» alle attività di classificazione e certificazione delle navi di bandiera. VI. L'incidenza dell'immunità sull'esercizio della giurisdizione in forza del Regolamento nel quadro dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto internazionale consuetudinario. VII. *Segue*: immunità per *acta iure imperii* e attività di classificazione e certificazione svolte da enti privati. VIII. Conclusioni.

## I. Introduzione

1. La sentenza delle Corte di giustizia relativa al caso *Rina*<sup>1</sup> affronta una pluralità di questioni di particolare rilevanza nel quadro dei rapporti tra diritto internazionale privato (europeo) e diritto internazionale pubblico.

I giudici di Lussemburgo, infatti, sono stati chiamati a fornire la propria interpretazione tanto dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento n. 44/2001/CE<sup>2</sup>, quanto della norma di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione. La pronuncia contiene interessanti prese di posizione della Corte sui possibili profili di interconnessione tra la questione della giurisdizione sancita da uno strumento normativo di diritto europeo e quella dell'immunità statale, quale prerogativa riconosciuta dal diritto internazionale generale.

2. Analoghe questioni sono state affrontate anche in due precedenti pronunce della Corte: quella relativa al caso *Lechouritou*<sup>3</sup> e quella relativa al caso *Mahamdia*<sup>4</sup>.

Come si ricorderà, nella prima, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione dell'ambito applicativo *ratione materiae* della convenzione di Bruxelles del 1968, con riferimento ad una azione intentata davanti ai giudici greci e diretta ad ottenere il risarcimento dei danni causati dalle azioni militari delle truppe tedesche in Grecia, durante la Seconda guerra mondiale: la Corte ha escluso l'applicabilità della Convenzione perché la controversia oggetto di causa verteva su atti posti in essere nell'esercizio della potestà d'imperio della Germania, come tali, estranei alla materia civile e commerciale; per l'effetto, ha ritenuto di non doversi pronunciare sulla questione dell'immunità, sollevata dalla parte convenuta<sup>5</sup>.

Nel caso *Mahamdia*, invece, la Corte si è pronunciata sia sull'applicabilità (della sezione 5) del regolamento 44/2001 ad una controversia tra l'ambasciata algerina a Berlino ed un suo dipendente, sia sull'immunità invocata dalla parte convenuta. Alla prima questione ha risposto in senso affermativo, ritenendo che l'ambasciata potesse essere considerata «sede di attività», ai sensi dell'art. 18, par. 2 del regolamento, poiché le funzioni svolte dal lavoratore ricorrente erano collegate all'attività di gestione dell'ambasciata stessa; con riferimento alla seconda questione, ha escluso che lo Stato algerino potesse

<sup>1</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *LG e altri contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349.

<sup>2</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, applicabile *ratione temporis* al caso di specie, vertendo su un'azione instaurata anteriormente al 10 gennaio 2015, data di entrata in vigore del Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, rifusione del precedente regolamento.

<sup>3</sup> Corte di giustizia, 15 febbraio 2007, *Eirini Lechouritou e altri c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratis tis Germanias*, C-292/05, ECLI:EU:C:2007:102.

<sup>4</sup> Corte di giustizia, 19 luglio 2012, *Ahmed Mahamdia c. Republique algerienne democratique et populaire*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491.

<sup>5</sup> Per alcuni commenti alla sentenza *Lechouritou*, si vedano: LEANDRO, "Limiti materiali del regolamento (CE) n. 44/2001 e immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione: il caso *Lechouritou*", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 759 ss.; FERACI, "La sentenza *Lechouritou* e l'ambito di applicazione *ratione materiae* della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 657 ss.

beneficiare dell'immunità, poiché il giudizio verteva su un rapporto di lavoro con un dipendente che non svolgeva funzioni rientranti nell'esercizio di pubblici poteri<sup>6</sup>.

3. Il caso *Rina*, tuttavia, si distingue da tali precedenti poiché in esso le suddette questioni sono affrontate in modo più approfondito, prima nelle conclusioni dell'Avvocato generale, poi nella sentenza, e ricevono degli importanti chiarimenti e prese di posizione della Corte.

## II. Le peculiarità del caso *Rina*

4. La sentenza *Rina* trae origine dal rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Genova, nell'ambito del giudizio promosso da alcuni familiari delle numerose vittime (circa mille tra morti e dispersi) del naufragio del traghetto *Al Salam Boccaccio '98*, avvenuto tra il 2 e il 3 febbraio 2006 nel Mar Rosso, nonché da alcuni passeggeri sopravvissuti<sup>7</sup>. L'azione è stata intentata contro la Rina S.p.a. e l'Ente Registro Italiano Navale, con sede nel capoluogo ligure, che avevano svolto le attività di classificazione e di certificazione della nave, su delega e per conto dello Stato di bandiera: la Repubblica di Panama. Gli attori nel giudizio *a quo* hanno chiesto la condanna degli enti convenuti al risarcimento dei danni patiti, previo accertamento della loro responsabilità per aver eseguito colposamente le suddette attività, causando, in tal modo, l'instabilità della nave, l'insicurezza della sua navigazione e il conseguente affondamento. I convenuti si sono costituiti eccependo l'immunità dalla giurisdizione italiana, in ragione del fatto che le attività alla base della domanda risarcitoria erano state compiute in qualità di delegati di uno Stato sovrano straniero, e che, pertanto, dovevano essere considerate estrinsecazione delle prerogative statali. Sul punto, gli attori hanno replicato che il giudice adito dovesse considerarsi munito di giurisdizione ai sensi dell'art. 2, par. 1 del regolamento 44/2001, applicabile *ratione materiae* alla controversia in esame. Inoltre, hanno sostenuto che i convenuti non potessero beneficiare dell'immunità giurisdizionale, giacché essa spetta solo in relazione ad atti politici di sovranità statale, tra i quali non possono essere ricomprese attività di natura prettamente tecnica, quali quelle oggetto di causa. Il Tribunale di Genova ha deciso, pertanto, di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo alla stessa se gli artt. 1, par. 1 e 2, par. 1 del regolamento 44/2001 possano essere interpretati in modo tale che ad un giudice di uno Stato membro sia consentito declinare la propria giurisdizione, riconoscendo l'immunità in favore di soggetti privati, aventi sede nello Stato del foro, in relazione all'esercizio, da parte degli stessi, di attività di classificazione e certificazione di una nave di bandiera, per conto di uno Stato terzo<sup>8</sup>.

5. Va osservato che lo stesso tribunale, in una causa gemella (*Abdel Naby Hussein Mabouk Aly e altri contro Rina S.p.a.*), senza effettuare alcun rinvio pregiudiziale, ha accolto l'eccezione di immunità dalla giurisdizione italiana, sollevata dalla società Rina, con riferimento alle attività da quest'ultima realizzate successivamente all'acquisizione della bandiera dello Stato panamense da parte del traghetto *Al Salam Boccaccio '98*<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Sulla sentenza *Mahamdia*, in particolare, si vedano: MIGLIORINI, "Immunità dalla giurisdizione e regolamento (CE) 44/2001, riflessioni a partire dalla sentenza Mahamdia", in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 1089 ss.; GULOTTA, "L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero: il caso Mahamdia e il nuovo regime del regolamento Bruxelles I-bis", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 619 ss.; NINO, "L'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE: il caso Mahamdia", in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1841 ss.

<sup>7</sup> Tribunale di Genova, domanda di pronuncia pregiudiziale del 12 ottobre 2018, C-641/18.

<sup>8</sup> Tribunale di Genova, domanda di pronuncia pregiudiziale del 12 ottobre 2018, C-641/18.

<sup>9</sup> V. Tribunale di Genova, 1° giugno 2012, sentenza n. 2097. Tale pronuncia è stata poi confermata dalla Corte d'appello di Genova, con sentenza n. 534, del 26 aprile 2017, e, avverso di essa, è stato successivamente proposto ricorso per Cassazione. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, in data 19 luglio 2019, preso atto dell'intervenuto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nella causa gemella (qui in esame), ha accolto l'istanza di sospensione formulata dai ricorrenti, rinviando la decisione all'esito della pronuncia della Corte di giustizia.

6. Inoltre, vicende analoghe sono già state sottoposte all'esame di altre giurisdizioni nazionali<sup>10</sup>. In particolare, la Corte d'appello di Parigi, con sentenza del 30 marzo 2010, ha deciso il caso relativo al naufragio della nave maltese *Erika*, avvenuto il 12 dicembre 1999, che vedeva coinvolto, anche in tale occasione, il Registro Italiano Navale, accusato di aver rilasciato alla nave certificati non corrispondenti al suo effettivo stato. La Corte d'appello parigina - pur negando che nel caso di specie al Rina potesse essere riconosciuta l'immunità, in quanto esso vi aveva rinunciato - ha precisato che tanto in relazione all'attività di certificazione quanto a quella, ad essa strumentale, di classificazione, gli enti delegati al loro compimento, agendo in qualità di *Recognized Organization (R.O.)* per conto dello Stato delegante, possono beneficiare dell'immunità<sup>11</sup>.

7. Principi analoghi a quelli appena visti sono stati, poi, affermati con riferimento alla vicenda del naufragio «*Al-Salam Boccaccio '98*», dal TAR Liguria, secondo il quale il Rina, nel caso di specie, aveva agito come pubblica amministrazione, a causa della natura pubblica, o al più amministrativa, delle funzioni delegategli dallo Stato panamense ed eseguite sotto l'autorità del governo italiano<sup>12</sup>.

8. In tale quadro giurisprudenziale si innesta la sentenza del 7 maggio 2020 della Corte di giustizia, la quale, in risposta alla questione sollevata dal tribunale di Genova, afferma – conformemente alle conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar<sup>13</sup> – da una parte, che la controversia oggetto di causa può essere considerata inerente alla «materia civile e commerciale», a patto che il giudice del rinvio accerti che le attività di classificazione e di certificazione non siano state svolte dalle società Rina «in forza di prerogative dei pubblici poteri ai sensi del diritto dell'Unione»; dall'altra, che il principio dell'immunità statale non è di ostacolo, nel caso di specie, all'esercizio della giurisdizione da parte del giudice adito ai sensi del regolamento 44/2001, se tale giudice constata che le convenute non si siano avvalse «delle prerogative dei pubblici poteri ai sensi del diritto internazionale»<sup>14</sup>.

### III. Sussistenza della giurisdizione ai sensi del Regolamento n. 44/2001 (e n. 1215/2012) e immunità degli Stati: la rilevanza dell'ordine di trattazione delle questioni

9. Il primo aspetto rilevante attiene all'ordine logico con cui sono affrontate le due questioni dell'ambito d'applicazione *ratione materiae* del regolamento 44/2001, fonte della giurisdizione del giudice del rinvio, da una parte, e della possibilità da parte delle convenute di beneficiare dell'immunità statale, dall'altra<sup>15</sup>.

10. Occorre premettere che nei precedenti *Lechouritou* e *Mahamdia* la Corte di giustizia non ha preso posizione espressamente su quale delle due questioni tra giurisdizione ed immunità debba essere affrontata per prima.

Con riferimento al caso *Lechouritou*, invero, l'argomento è stato trattato unicamente nelle conclusioni dell'Avvocato generale Colomer, il quale si è espresso nel senso che l'immunità si configura

<sup>10</sup> Per una analisi della casistica sulla responsabilità degli enti di classificazione v. JAN DE BRUYNE, "Liability of Classification Societies: Cases, Challenges and Future Perspectives", in *Journal of Maritime Law & Commerce*, 2014, 45, 2, p. 208 ss.

<sup>11</sup> Corte d'Appello di Parigi, 30 marzo 2010, no. 08/02278-A, D.M.F. 2004. 849. V. JAN DE BRUYNE, *op. cit.*, p. 209.

<sup>12</sup> V. TAR Liguria, 12 settembre 2007, in *Il diritto marittimo*, 2008, p. 1449 ss.

<sup>13</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3.

<sup>14</sup> Corte di Giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, dispositivo.

<sup>15</sup> Come evidenziato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, sebbene dalla formulazione della questione pregiudiziale potrebbe apparire che il giudice del rinvio si chiedesse unicamente se, accogliendo l'eccezione di immunità sollevata dalle convenute, egli dovesse declinare la giurisdizione a lui attribuita dal regolamento 44/2001, dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione alla Corte risulta che il medesimo giudice dubitasse anche che la controversia oggetto del giudizio rientrasse nell'ambito applicativo *ratione materiae* del medesimo regolamento (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 20-21). Tale lettura è fatta propria anche dalla Corte, che nella sentenza affronta entrambe le questioni.

come un impedimento processuale, che, come tale, viene in rilievo in via assolutamente prioritaria, privando di interesse l'accertamento della competenza giurisdizionale ai sensi della convenzione di Bruxelles<sup>16</sup>. Invece la Corte, come sopra ricordato, non ha affrontato la questione dell'immunità<sup>17</sup>.

Con riferimento alla sentenza *Mahamdia*<sup>18</sup>, da essa, pur in mancanza di esplicite affermazioni, risultano alcune indicazioni su quale fosse l'impostazione adottata dalla Corte circa l'ordine delle due questioni. Quest'ultima, infatti, avendo utilizzato il principio dell'immunità statale quale parametro per valutare la compatibilità con il diritto internazionale delle norme del regolamento 44/2001 sulle controversie di lavoro, ha considerato l'immunità una regola che va presa in considerazione successivamente alle norme sulla giurisdizione. Tale correttivo impedisce ai titoli di giurisdizione applicati dal giudice di porsi in contrasto con le prerogative riconosciute agli Stati dal diritto internazionale pubblico<sup>19</sup>. L'approccio seguito dai giudici di Lussemburgo è stato, dunque, nel senso di attribuire priorità alla verifica della sussistenza della giurisdizione in capo al giudice adito, perché in assenza di tale giurisdizione non vi sarebbe neppure un concreto rischio di conflitto con il principio dell'immunità<sup>20</sup>.

**11.** Nella sentenza *Rina* la presa di posizione della Corte circa l'ordine da seguire nella trattazione delle due questioni appare in maniera più esplicita. In tale pronuncia, infatti, i giudici di Lussemburgo affermano espressamente di dover procedere all'interpretazione prima della nozione di «materia civile e commerciale», per verificare la sussistenza della giurisdizione del giudice adito ai sensi del regolamento 44/2001, e poi della norma di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione e all'accertamento della sua applicabilità in favore delle convenute nel giudizio *a quo*<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 8 novembre 2006, *Eirini Lechouritou e altri c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias Germanias*, C-292/05, ECLI:EU:C:2006:700, par. 76-78. Per una qualificazione dell'immunità come impedimento processuale si vedano le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 21 novembre 2001, *AlAdsani c. Regno Unito*, ric. n. 35763/97, par. 48, *McElhinney c. Irlanda*, ric. n. 31253/96, par. 25, e *Fogarty c. Regno Unito*, ric. n. 37112/97, par. 26. In tali pronunce la Corte EDU afferma il principio secondo cui "the grant of immunity is to be seen not as qualifying a substantive right but as a procedural bar on the national courts' power to determine the right".

<sup>17</sup> Corte di giustizia, 15 febbraio 2007, *Lechouritou*, C-292/05, ECLI:EU:C:2007:102, par. 47. Si osservi, infatti, che a fronte della inapplicabilità della Convenzione non si poteva porre un problema di compatibilità (dell'esercizio della giurisdizione in forza) della stessa con il principio di immunità, e la Corte non sarebbe stata competente a pronunciarsi sulla questione dell'immunità (v. *infra* questo stesso paragrafo). Dalla sentenza non è dunque possibile trarre alcuna indicazione se la Corte considerasse l'immunità questione preliminare rispetto alla giurisdizione: solo nel caso in cui fosse stata ritenuta applicabile la Convenzione avrebbe potuto porsi un problema circa l'ordine da seguire tra la verifica della fondatezza della eccezione di immunità e la sussistenza di un titolo di giurisdizione previsto dalla Convenzione in capo al giudice adito. Sul punto, comunque, si veda FERACI, "La sentenza Lechouritou ...", op. cit., p. 660. L'autrice afferma che la Corte, qualora si fosse potuta pronunciare sull'immunità, avrebbe affrontato la stessa preliminarmente, in quanto questione concernente la possibilità di sottoporre il convenuto all'esercizio della giurisdizione e non la competenza del giudice a pronunciarsi sulla domanda. Si veda anche MIGLIORINI, "Immunità dalla giurisdizione ...", op. cit., pp. 1092-1093 e 1101.

<sup>18</sup> Corte di giustizia, 19 luglio 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, par. 53-57.

<sup>19</sup> MIGLIORINI, "Immunità dalla giurisdizione ...", op. cit., pp. 1100-1101.

<sup>20</sup> MIGLIORINI, "Immunità dalla giurisdizione ...", op. cit., pp. 1102-1103.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 28. Si noti che anche l'Avvocato generale, in sede di verifica della ricevibilità del rinvio, prende in considerazione il rilievo operato dalle convenute, secondo cui il giudice remittente avrebbe dovuto pronunciarsi direttamente sull'eccezione di immunità giurisdizionale, perché la soluzione di tale questione avrebbe fatto venir meno la necessità di esaminare le norme sulla competenza, oltre che a non avere alcuna relazione con l'interpretazione delle disposizioni del regolamento. In risposta a tale rilievo l'Avvocato si è limitato ad affermare che la dottrina più recente nega il carattere prioritario della questione dell'immunità rispetto a quella della competenza giurisdizionale (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 28). Si osservi, inoltre, che tale ordine di trattazione delle questioni viene confermato nella recente sentenza della Corte di giustizia relativa al caso *Supreme Site Services* (Corte di Giustizia, 3 settembre 2020, *Supreme Site Services GmbH e a. contro Supreme Headquarters Allied Powers Europe*, C-186/19, ECLI:EU:C:2020:638). In tale pronuncia - nella quale la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione preliminare se rientri nella materia civile e commerciale una controversia nella quale una organizzazione internazionale domandi la revoca, in virtù della propria immunità dalla giurisdizione, di un sequestro conservativo presso terzi, emesso da un giudice straniero - la Corte ha affermato che la questione se l'immunità invocata dall'organizzazione internazionale precluda la competenza del giudice adito a pronunciarsi sulla domanda va affrontata successivamente alla determinazione della competenza internazionale del suddetto giudice (Corte di Giustizia, 3 settembre 2020, *Supreme Site Services e a.*, C-186/19, ECLI:EU:C:2020:638, par. 74).

12. Va rilevato che il fondamento teorico della scelta di anteporre la questione della giurisdizione a quella dell'immunità discende dalla qualificazione della norma di diritto consuetudinario dell'immunità degli Stati come norma negativa di giurisdizione. Secondo l'insegnamento di autorevole dottrina<sup>22</sup>, infatti, nell'ambito della disciplina della competenza giurisdizionale è possibile individuare due tipologie di norme: quelle positive attribuiscono la competenza giurisdizionale all'autorità di uno Stato con riferimento alle controversie che integrano le fattispecie astratte previste dalle norme stesse (ad es., la presenza del domicilio del convenuto nello Stato del foro); quelle negative fanno conseguire a date circostanze (quale, ad esempio, una particolare qualità del convenuto) l'effetto di sottrarre la lite alla giurisdizione dello Stato. Le norme negative di giurisdizione presuppongono quelle positive, dal momento che la loro funzione si esplica nell'escludere, in speciali ipotesi, l'esercizio della giurisdizione attribuita ad un giudice da una norma positiva: se un giudice è privo di giurisdizione, in mancanza di una norma (positiva) che gliela riconosca, non vi è necessità che intervenga la norma negativa a sottrargliela<sup>23</sup>. Per tale ragione ha senso verificare la fondatezza dell'eccezione di immunità sollevata dal convenuto solo dopo aver accertato positivamente la sussistenza di un titolo di giurisdizione in capo al giudice adito.

13. Quale che sia il fondamento teorico della scelta seguita dalla Corte, va osservato che vi è una evidente ragione di opportunità che giustifica la trattazione prioritaria della questione dell'applicabilità del regolamento alla controversia oggetto del giudizio del rinvio. Infatti, la Corte di giustizia, come precisato nella sua giurisprudenza, è competente ad interpretare le norme di diritto internazionale solo nei casi in cui esse possono incidere sull'interpretazione del diritto dell'Unione<sup>24</sup>. Ne consegue che la Corte, per potersi pronunciare su una norma di diritto internazionale consuetudinario, quale è la regola dell'immunità degli Stati, deve prioritariamente verificare che nella controversia a lei sottoposta sia applicabile una norma europea che possa interferire con la prima (come, nel caso di specie, la disposizione del regolamento 44/2001 che attribuisce giurisdizione al giudice dello Stato membro in cui si trova il domicilio del convenuto).

#### IV. La diversità di presupposti tra ambito d'applicazione *ratione materiae* del Regolamento e immunità

14. L'ordine di trattazione si presenta pienamente compatibile con l'approccio adottato dalla Corte con riferimento ad un altro rilevante aspetto messo in luce dal caso in esame, vale a dire quello del rapporto sussistente tra l'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento 44/2001 e l'immunità statale dalla giurisdizione.

<sup>22</sup> MORELLI, "Diritto processuale civile internazionale", CEDAM, Padova, 1954, p. 96 ss.

<sup>23</sup> MORELLI, *op. cit.*, pp. 96-97 e 187 ss. La qualificazione dell'immunità quale norma negativa di giurisdizione è perfettamente coerente con la sua *ratio*, vale a dire quella di preservare la sovranità di uno Stato dall'ingerenza da parte di un giudice di uno Stato straniero. Una potenziale ingerenza può aversi solo se sussiste una norma positiva di giurisdizione che attribuisce competenza a tale giudice sulla controversia. A sostegno di tale tesi si vedano FOX, WEBB, "The Law of State Immunity", Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 21, e SANGER, "State Immunity And The Right Of Access To A Court Under The Eu Charter Of Fundamental Rights", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, pp. 220-221. Entrambi gli autori richiamano «Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergerthal» nel caso relativo al «mandato d'arresto dell'11 aprile 2002» della Corte Internazionale di Giustizia («Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 - *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*», [2002] ICJ Rep 3), par. 71: "(...) immunity has value per se, whereas in reality it is an exception to a normative rule which would otherwise apply. It reflects, therefore, an interest which in certain circumstances prevails over an otherwise predominant interest, it is an exception to a jurisdiction which normally can be exercised and it can only be invoked when the latter exists".

<sup>24</sup> Si veda l'ordinanza relativa al caso *Currà* (Corte di giustizia, 12 luglio 2012, *Gennaro Currà e altri contro Bundesrepublik Deutschland*, C466/11, ECLI:EU:C:2012:465, par. 18), nella quale si afferma che (...) «le competenze dell'Unione devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale (...). Pertanto, la Corte deve applicare il diritto internazionale e può verificarsi il caso che essa debba interpretare talune norme proprie di tale diritto, ma unicamente nella cornice delle competenze attribuite all'Unione da parte degli Stati membri». Tale aspetto è stato ricordato anche dall'Avvocato Szpunar nelle conclusioni relative al caso in commento (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 103).

In particolare, la questione affrontata è se la nozione di materia civile e commerciale di cui all'art. 1, par. 1, del regolamento vada ricostruita sulla base degli stessi criteri validi per delimitare l'estensione del principio dell'immunità - cosicché una controversia nella quale il convenuto possa invocare l'immunità sia da considerarsi, *ex se*, esclusa dall'ambito d'applicazione materiale del regolamento - ovvero alla luce di criteri autonomi<sup>25</sup>.

**15.** Prima di analizzare quale sia la soluzione della Corte è opportuno prendere in considerazione il precedente giurisprudenziale che presenta più profili in comune con il caso in esame: la sentenza *Mahamdia*<sup>26</sup>.

Va premesso che in tale occasione la Corte di giustizia si è dovuta pronunciare sull'ambito applicativo *ratione personae* della sezione 5 del regolamento Bruxelles I, relativa alle controversie di lavoro, e non dunque sulla interpretazione della nozione di «materia civile e commerciale», come nel caso *Rina*. Dalla pronuncia è comunque possibile individuare la posizione delle Corti sulla questione, più generale, dei rapporti tra il regolamento e l'immunità<sup>27</sup>.

I commentatori della sentenza, infatti, hanno osservato che, nel caso *Mahamdia*, la Corte di giustizia ha proceduto a verificare se l'ambasciata convenuta potesse essere considerata «sede di attività» ex art. 18, par. 2 del regolamento, in modo tale che fosse integrato uno dei presupposti applicativi della sezione 5 del regolamento 44/2001. A tal fine, la Corte ha richiamato la prassi internazionale in materia di immunità statale ed ha utilizzato il criterio, proprio di tale prassi, che distingue tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*: così facendo ha usato le condizioni di operatività dell'immunità per determinare l'ambito applicativo del regolamento<sup>28</sup>.

**16.** Nelle conclusioni relative al caso *Rina*, l'Avvocato generale Szpunar prende espressamente le distanze da tale impostazione, escludendo che il campo di applicazione *ratione materiae* del regolamento 44/2001 vada ricostruito in modo complementare rispetto alla regola dell'immunità statale<sup>29</sup>. A sostegno della propria tesi, riporta l'esempio degli enti pubblici territoriali: se da una parte è discutibile che gli stessi possano avvalersi dell'immunità - osserva l'Avvocato - è innegabile che essi svolgano attività amministrativa e che esercitino pubblici poteri. A voler ritenere che l'ambito applicativo oggettivo del regolamento 44/2001 inizi dove finisce l'area dell'immunità, si arriverebbe al paradosso di ritenere che le controversie che coinvolgono enti pubblici territoriali rientrino nell'ambito di applicazione del regola-

<sup>25</sup> Come già osservato (v. *supra* nota 2), al caso in esame era ancora applicabile *ratione temporis* il regolamento 44/2001, ma la stessa questione si pone con riferimento alla rifusione dello stesso ad opera del regolamento UE n. 1215/2012. La nuova versione, in particolare, prevede espressamente all'art. 1, par. 1, seconda frase, l'esclusione della «responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)». Anche con riferimento a tale formulazione - che come precisato dalla dottrina, e come altresì ricordato dall'Avvocato generale nelle conclusioni relative al caso in esame, rappresenta un mero chiarimento del testo previgente (v. ROGERSON, «Articolo 1», Brussels I bis Regulation», in MAGNUS, MANKOWSKI (a cura di), Otto Schmidt, Colonia, 2016, p. 63; Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 56) - può porsi la questione se le controversie escluse coincidano con quelle nelle quali il convenuto possa eccepire l'immunità.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, 19 luglio 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491. Va ricordato che nel caso *Lechouritou* la Corte non si è pronunciata sui rapporti tra immunità e convenzione di Bruxelles. La dottrina, tuttavia, ha osservato che la Corte ha comunque dimostrato di partire dal presupposto secondo cui ci si trova (automaticamente) al di fuori dell'ambito materiale della Convenzione nei casi in cui si applica l'immunità. Ciò risulterebbe, in particolare, da due elementi: da una parte, al fine di determinare l'ambito applicativo della Convenzione, la Corte ha utilizzato il criterio fondato sulla distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, che è il medesimo cui si ricorre per stabilire la sussistenza o meno dell'immunità; dall'altra, ha affermato di non doversi pronunciare sulla questione relativa all'immunità una volta stabilita l'inapplicabilità della Convenzione (v. MIGLIORINI, «Immunità dalla giurisdizione ...», op. cit., pp. 1092-1093).

<sup>27</sup> Corte di giustizia, 19 luglio 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, par. 54-56. La Corte sul punto, invero, si è limitata a recepire le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi (Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, 24 maggio 2012, *Ahmed Mahamdia c. République algérienne démocratique et populaire*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:309, par. 17).

<sup>28</sup> MIGLIORINI, «Immunità dalla giurisdizione ...», op. cit., pp. 1097-1098. Anche l'Avvocato Szpunar ha affermato che questa è una possibile lettura della sentenza *Mahamdia* (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 43).

<sup>29</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 43-48.

mento, poiché questi non possono avvalersi dell'immunità giurisdizionale<sup>30</sup>. Di conseguenza, secondo il ragionamento seguito dall'Avvocato Szpunar, la nozione di «materia civile e commerciale» va ricostruita secondo gli autonomi criteri fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, indipendentemente dalle elaborazioni ermeneutiche relative al principio dell'immunità, e, per l'effetto, la categoria degli *acta iure imperii* rilevante per determinare l'ambito applicativo del regolamento non coincide necessariamente con la corrispondente categoria che viene in rilievo nel contesto dell'immunità statale<sup>31</sup>. D'altronde, il diritto internazionale consuetudinario non potrebbe impedire al legislatore dell'Unione europea di adottare norme sulla competenza giurisdizionale che siano applicabili a controversie nelle quali una delle parti può eccepire l'immunità, essendo quest'ultima una eccezione a cui la parte potrebbe rinunciare<sup>32</sup>.

17. La Corte, nella sentenza in esame, si allinea alla posizione dell'Avvocato generale appena esposta, segnando, dunque, una discontinuità rispetto all'impostazione seguita nel precedente *Mahamdia*. Tale presa di posizione dei giudici di Lussemburgo emerge in particolare da alcuni passaggi della pronuncia.

Significativo, innanzitutto, è il fatto che nel dispositivo della sentenza venga sottolineato che, da una parte, per verificare se la controversia oggetto di causa rientri nella «materia civile e commerciale» sia necessario accertare che l'attività svolta dalle convenute non sia stata esercitata in forza di prerogative dei pubblici poteri «ai sensi del diritto dell'Unione», mentre dall'altra, per stabilire se il principio di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità statale sia di ostacolo o meno all'esercizio della giurisdizione attribuita dal regolamento al giudice adito, occorra verificare che le convenute non si siano avvalse delle prerogative dei pubblici poteri «ai sensi del diritto internazionale»<sup>33</sup>.

In secondo luogo, va osservato che la Corte, nell'analizzare se la controversia sia o meno attinente alla «materia civile e commerciale», richiama unicamente i principi enunciati nei propri precedenti in riferimento alle norme del regolamento<sup>34</sup>, senza attribuire alcun ruolo, in questo passaggio, alla norma di diritto consuetudinario sull'immunità, la quale viene fatta operare su un piano diverso e fatta entrare in gioco solo successivamente all'accertamento dell'applicabilità del regolamento<sup>35</sup>.

In definitiva, la Corte sostiene che la ricostruzione dell'ambito applicativo *ratione materiae* del regolamento 44/2001 non debba essere effettuata sulla base dei medesimi criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di immunità degli Stati. Del tutto coerentemente, ritiene che la regola di diritto consuetudinario dell'immunità – destinata a prevalere, a date condizioni, sugli atti di diritto derivato, tra i quali è compreso il regolamento in questione - non impone un'interpretazione della nozione di «materia civile e commerciale» tale da escluderne l'estensione a date controversie (in relazione alle quali vi sia il rischio di ledere le prerogative di uno Stato straniero). Essa rappresenta, invece, un ostacolo all'esercizio della giurisdizione da parte del giudice dello Stato membro indicato come munito di competenza giurisdizionale dal regolamento. Tale ostacolo opera successivamente all'accertamento,

<sup>30</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 45. Sul punto si veda, in particolare, MUIR WATT, PATAUT, "Les actes iure imperii et le Règlement Bruxelles I", in *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 76. Si osservi, tuttavia, che in dottrina è molto diffusa la tesi che riconosce agli enti territoriali l'immunità, sulla scorta dell'argomento secondo cui a formare la persona dello Stato, quale soggetto di diritto internazionale, concorrono non solamente gli organi del potere centrale ma tutti quelli che esercitano il potere di governo all'interno della comunità statale (v. CONFORTI, "Diritto internazionale", 8ª ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2010, p. 258).

<sup>31</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 46.

<sup>32</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 41.

<sup>33</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, dispositivo.

<sup>34</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 30-35. Per i precedenti giurisprudenziali della Corte sulla interpretazione della nozione di materia civile e commerciale v. *infra*, par. 5.

<sup>35</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 54-55. La Corte qui aderisce alle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale sul punto evidenzia come non vi sia la necessità di prendere in considerazione il principio dell'immunità «nel contesto delle considerazioni» in merito all'applicabilità del regolamento 44/2001 (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 48).

sulla base di criteri interpretativi autonomi, che la controversia in esame rientri nel campo di applicazione oggettivo dello stesso<sup>36</sup>.

## V. L'applicabilità della nozione di «materia civile e commerciale» alle attività di classificazione e certificazione delle navi di bandiera

18. Sebbene la questione interpretativa dell'ambito applicativo *ratione materiae* del regolamento 44/2001 (ed in particolare della nozione di «materia civile e commerciale»), da una parte, e quella della norma sull'immunità, dall'altra, vadano affrontate distintamente e sulla base di fonti diverse, è innegabile che tra le due vi siano dei punti di intersezione. In particolare, sotto entrambi i profili assume un ruolo centrale la distinzione tra *acta iure imperii* ed *acta iure gestionis*.

19. Per quanto riguarda la questione preliminare relativa alla applicabilità *ratione materiae* del regolamento alla controversia oggetto di causa, la Corte di giustizia introduce il predetto criterio discrezionale dopo aver brevemente ripercorso i più importanti insegnamenti, contenuti nei propri precedenti, relativi alla nozione di «materia civile e commerciale».

In primo luogo, la Corte ricorda l'autonomia di tale nozione e la conseguente necessità di interpretarla in base agli obiettivi e all'impianto sistematico del regolamento, nonché ai principi generali desumibili dall'insieme degli ordinamenti giuridici nazionali, per garantire l'uguaglianza e l'uniformità dei diritti e degli obblighi derivanti dalla fonte comunitaria<sup>37</sup>.

Inoltre, viene richiamato il principio secondo cui, per verificare se una controversia rientri nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento, occorre aver riguardo alla natura dei rapporti giuridici intercorrenti tra le parti o all'oggetto della causa<sup>38</sup>.

Infine, la Corte menziona il consolidato indirizzo ermeneutico secondo cui le liti tra un'autorità pubblica e un soggetto di diritto privato rientrano nella sfera di applicazione del regolamento solo se l'autorità ha compiuto atti *iure gestionis*, rimanendo esclusa l'ipotesi inversa in cui abbia agito *iure imperii*<sup>39</sup>.

20. Premessi tali principi, la Corte di giustizia passa all'analisi della questione centrale se le attività di classificazione e di certificazione, svolte dalle società convenute nel giudizio *a quo*, su delega e per conto dello Stato della Repubblica di Panama, possano considerarsi atti compiuti nell'esercizio di prerogative di pubblici poteri<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Circa la necessità di distinguere nettamente tra applicabilità del regolamento e immunità si veda anche LEANDRO, "Limiti materiali...", op. cit., pp. 760-772.

<sup>37</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 30. Si tratta di un principio affermato per la prima volta nella risalente sentenza relativa al caso *LTU* (Corte di giustizia, 14 ottobre 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contro Eurocontrol*, C-29/76, ECLI:EU:C:1976:137), con riferimento all'ambito applicativo della convenzione di Bruxelles del 1968, conformemente, peraltro, alle osservazioni sulla nozione in questione contenute nella «Relazione Jenard»; principio ribadito costantemente nella successiva giurisprudenza relativa alle corrispondenti norme del regolamento Bruxelles I e I-bis (fra le altre si veda Corte di giustizia, 23 ottobre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS contro Starptautiskā lidosta Rīga VAS e Air Baltic Corporation AS*, C302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, par. 24).

<sup>38</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 32; principio anch'esso affermato in numerosi precedenti della Corte (v. Corte di giustizia, 14 ottobre 1976, *LTU*, C-29/76, ECLI:EU:C:1976:137; 23 ottobre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, par. 26).

<sup>39</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 33. Si tratta di un criterio discrezionale che ricorre in modo granitico nella giurisprudenza della Corte, e già enunciato in una delle prime sentenze relative alla convenzione di Bruxelles del 1968, la già citata sentenza relativa al caso *LTU* (Corte di giustizia, 14 ottobre 1976 *LTU*, C-29/76, ECLI:EU:C:1976:137, par. 4). Si vedano anche: Corte di giustizia, 11 aprile 2013, *Land Berlin contro Ellen Mirjam Sapir e altri*, C645/11, ECLI:EU:C:2013:228, par. 33; 12 settembre 2013, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs contro Sunico ApS e altri*, C49/12, ECLI:EU:C:2013:545, par. 34.

<sup>40</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 37. Le attività di classificazione e di certificazione oggetto di causa si collocano nell'ambito della disciplina delineata dalla convenzione di Montego Bay e dalla convenzione SOLAS. Si vedano: sull'attività di certificazione e classificazione in generale, GOEBEL, "Classification Societies. Competition and Regulation of Maritime Information Intermediaries", Lit, Zurigo, 2017, p. 42 ss. e sulle specifiche attività richieste dalla convenzione SOLAS, GOEBEL, op. cit., p. 73 ss. L'autore evidenzia come le due attività, pur essendo svolte, di

In totale adesione alle conclusioni dell'Avvocato generale sul punto, la Corte individua un primo argomento per escludere la natura pubblicistica degli atti oggetto del giudizio nel fatto che a fondamento dell'azione intentata davanti al giudice *a quo* vi fossero le disposizioni del codice civile italiano relative alla responsabilità extracontrattuale e a quella contrattuale<sup>41</sup>.

In secondo luogo, la Corte, respingendo la tesi sostenuta dalle società convenute, afferma che non sono idonee a qualificare le operazioni oggetto di causa come *acta iure imperii* le circostanze secondo le quali tali operazioni sono state eseguite su delega, per conto e nell'interesse di uno Stato sovrano, quale la Repubblica di Panama, e che è parimenti ininfluyente che le stesse sono state compiute nel perseguimento di un interesse generale, quale la sicurezza dei passeggeri di una nave<sup>42</sup>.

Sotto il primo profilo, vale a dire l'irrelevanza della delega statale, viene citata la decisione relativa al caso *Pula Parking*<sup>43</sup>, nella quale è stato escluso che una società di proprietà pubblica eserciti pubblici poteri nella gestione di un parcheggio e nella riscossione dei corrispettivi della sosta, per il solo fatto che essa operi su delega di una pubblica autorità<sup>44</sup>.

Quale argomento a sostegno dell'ininfluenza della circostanza che le operazioni oggetto di causa siano state compiute nell'interesse e per conto di uno Stato sovrano, invece, viene richiamata la sentenza relativa al caso *Sonntag*<sup>45</sup>. In tale ormai risalente decisione, la Corte di giustizia ha affermato che il fatto che un insegnante agisca, quale pubblico dipendente, per conto dello Stato, non è sufficiente per affermare che lo stesso eserciti una potestà d'imperio<sup>46</sup>.

La medesima pronuncia viene, infine, richiamata anche per argomentare l'irrelevanza dello scopo di interesse generale perseguito da un atto al fine di determinarne la riconducibilità alla categoria degli *acta iure imperii*<sup>47</sup>: nel caso *Sonntag* la Corte, infatti, ha evidenziato che la circostanza che l'attività svolta da un insegnante della scuola pubblica persegua i fini pubblici dell'istruzione e della educazione degli allievi non è sufficiente a qualificarla come attività pubblicistica<sup>48</sup>.

---

norma, entrambe dal medesimo soggetto (la società di classificazione), abbiano natura diversa: la prima è un'attività privata, un servizio agli armatori, che consiste nell'ispezionare le navi e verificare se rispondono ai requisiti delle varie classi, elaborate dalle stesse società di classificazione; la seconda, ha natura pubblicistica e viene eseguita su delega dell'autorità pubblica. Si noti, tuttavia, che l'Avvocato generale Szpunar non condivide tale ricostruzione: egli infatti afferma che sebbene i certificati di classe originariamente avevano una funzione esclusivamente privata (essendo finalizzati ad ottenere un'assicurazione), oggi hanno cambiato natura, mutuando la funzione pubblicistica dai certificati statuari, dei quali sono divenuti presupposto (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 62). Va osservato, infine, che a livello europeo la disciplina è completata dalla direttiva 2009/15/CE, rifusione della direttiva 97/54/CE relativa alle disposizioni ed alle norme comuni per gli organismi che effettuano le ispezioni e le visite di controllo delle navi e per le pertinenti attività delle amministrazioni marittime (direttiva 2009/15/CE in GUUE L 131 del 28 maggio 2009, pp. 47-56).

<sup>41</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 35-36. Il principio secondo cui rilevano il fondamento e le modalità di esercizio dell'azione per determinare se una controversia riguardi atti compiuti nell'esercizio di pubblici poteri è affermato, fra le altre, anche in Corte di giustizia, 11 aprile 2013, *Sapir*, C645/11, ECLI:EU:C:2013:228, par. 34; 12 settembre 2013, *Sunico*, C49/12, ECLI:EU:C:2013:545, par. 35.

<sup>42</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 39-42.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, 9 marzo 2017, *Pula Parking d.o.o. contro Sven Klaus Tederahn*, C551/15, ECLI:EU:C:2017:193.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, 9 marzo 2017, *Pula Parking*, C551/15, ECLI:EU:C:2017:193, par. 35. Tale passaggio della pronuncia è stato richiamato anche dall'Avvocato generale, il quale ha poi puntualmente osservato – per escludere la rilevanza che le società Rina hanno agito su delega dello Stato panamense - che il giudizio *a quo* è incentrato sul rapporto tra le convenute e i soggetti terzi danneggiati dalle negligenze compiute dalle prime, e non su quello tra le convenute e lo Stato delegante (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 69-70).

<sup>45</sup> Corte di giustizia, 21 aprile 1993, *Volker Sonntag contro Hans Waidmann e altri*, C-172/91, ECLI:EU:C:1993:144. Come noto, in tale sentenza, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla applicabilità della convenzione di Bruxelles del 1968 ad una azione risarcitoria intentata contro un insegnante di una scuola pubblica, volta ad ottenere il ristoro del danno causato ad un allievo dalle omissioni colpose degli obblighi di vigilanza gravanti sul docente.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, 21 aprile 1993, *Sonntag*, C-172/91, ECLI:EU:C:1993:144, par. 21.

<sup>47</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 41. Sul punto l'Avvocato generale Szpunar, in particolare, ha evidenziato che stabilire se un atto appartiene alla categoria degli *acta iure imperii* ovvero a quella degli *acta iure gestionis* in base alla sua finalità non è una soluzione accettabile in termini di prevedibilità del foro competente, stante l'impossibilità da parte dei terzi di conoscere sempre tali finalità (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 76).

<sup>48</sup> Corte di giustizia, 21 aprile 1993, *Sonntag*, C-172/91, ECLI:EU:C:1993:144, par. 22.

Esclusi dunque i tre criteri appena visti, la Corte di giustizia conclude nel senso che per stabilire la natura *iure imperii* di un atto occorre verificare unicamente se esso rappresenti estrinsecazione di «poteri che esorbitano dalla sfera delle norme applicabili nei rapporti tra privati»<sup>49</sup>.

**21.** Applicando tale criterio al caso di specie, la Corte giunge ad escludere che le operazioni di classificazione e certificazione compiute dalle società Rina possano essere considerate come compiute nell'esercizio di prerogative dei pubblici poteri.

Dirimente per la decisione in tal senso è l'osservazione secondo cui le società Rina hanno svolto le attività in questione in adempimento degli obblighi assunti con un contratto di diritto privato concluso con l'armatore del traghetto *Al-Salam Boccaccio '98*<sup>50</sup>, dal quale risultava che esse dovessero limitarsi a verificare che la nave soddisfacesse i requisiti interamente predeterminati dalle autorità della Repubblica di Panama<sup>51</sup>. Le attività compiute, pertanto, erano di natura prettamente tecnica, e non implicavano l'esercizio di poteri pubblicistici<sup>52</sup>.

La Corte, inoltre, aggiunge due ulteriori argomenti a sostegno della propria soluzione: in primo luogo, l'osservazione secondo la quale neppure nell'adozione dell'atto di revoca del certificato per mancanza dei requisiti, spettante agli enti di classificazione in forza della convenzione Solas, essi godono di potere decisionale, operando in un contesto normativo già definito dall'autorità statale<sup>53</sup>; inoltre, il fatto che l'attività di certificazione non è stata considerata dalla giurisprudenza comunitaria esercizio di prerogative dei pubblici poteri neppure nel diverso settore della verifica ed attestazione della capacità tecnica e finanziaria delle imprese chiamate a realizzare lavori pubblici, stante l'assenza di autonomia decisionale in capo agli organismi che svolgono tali attività<sup>54</sup>.

**22.** Si noti, tuttavia, che la Corte, nonostante le ampie argomentazioni compiute nel senso della riconducibilità della controversia oggetto del giudizio nella «materia civile e commerciale», nel dispositivo afferma che spetterà al giudice del rinvio valutare l'applicabilità del regolamento, dopo aver

---

<sup>49</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 42. Per altre recenti pronunce nelle quali la Corte ha utilizzato tale criterio, si vedano: Corte di giustizia, 15 novembre 2018, *Hellenische Republik contro Leo Kuhn*, C308/17, ECLI:EU:C:2018:911, par. 35; 23 ottobre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, par. 31; 12 settembre 2013, *Sunico e a.*, C49/12, ECLI:EU:C:2013:545, par. 39; 28 aprile 2009, *Meletis Apostolides contro David Charles Orams e Linda Elizabeth Orams*, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271, par. 44. Si veda anche, di recente, Conclusioni dell'Avvocato Generale, Maciej Szpunar, 23 aprile 2020, *Belgische Staat contro Movic BV e altri*, C73/19, ECLI:EU:C:2020:297. In tale caso, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di stabilire se rientri nella nozione di «materia civile e commerciale» una azione intentata dalle autorità pubbliche di uno Stato membro, concernente pratiche di mercato e/o commerciali sleali. L'Avvocato Generale ha concluso nel senso che le autorità pubbliche in questione non esercitano prerogative di pubblici poteri allorquando agiscano: per far accertare l'esistenza di violazioni che costituiscono pratiche commerciali sleali; per ottenere che sia ordinata la cessazione delle medesime, che siano disposte misure di pubblicità a spese delle convenute e che sia imposta una penale di un importo determinato per ogni violazione futura, essendo irrilevante che esse perseguano un interesse generale, che agiscano in forza di poteri conferiti dalla legge e che siano dispensate dal dimostrare in giudizio un interesse proprio (e pertanto tale azione rientra nella «materia civile e commerciale»); non rientra, invece, nella «materia civile e commerciale» la domanda proposta dalle medesime autorità pubbliche al fine di consentire loro di poter accertare autonomamente le future violazioni, oggetto della predetta penale, senza necessità di ricorrere ad un ufficiale giudiziario o ad altre analoghe autorità, poiché una simile azione «verte su poteri esorbitanti rispetto alle norme di diritto comune applicabili nei rapporti fra privati». Tali conclusioni hanno ricevuto l'avallo della Corte di giustizia nella sentenza che ha deciso il caso in esame (Corte di giustizia, 16 luglio 2020, *Movic e a.*, C-73/19, ECLI:EU:C:2020:568).

<sup>50</sup> Sul punto, l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, pone in risalto la circostanza secondo la quale nel contratto stipulato con l'armatore non erano state inserite clausole limitative della responsabilità delle società Rina, pur essendo nella loro facoltà prevederle, in forza dell'accordo del 1999 concluso con la Repubblica di Panama: ciò confermerebbe che il contenuto del predetto contratto non fosse stato fissato unilateralmente, bensì negoziato liberamente da parti in posizione paritaria e che le società convenute avessero agito come soggetti di diritto privato (v. Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 76).

<sup>51</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 45.

<sup>52</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 49.

<sup>53</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 47.

<sup>54</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 50-52. Sull'attività di attestazione della capacità tecnica e finanziaria delle imprese che realizzano lavori pubblici, si veda, in particolare, Corte di giustizia, 16 giugno 2015, *Presidenza del Consiglio dei Ministri e a. contro Rina Services SpA e a.*, C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399, par. 17-22.

verificato che le convenute non abbiano esercitato prerogative di poteri pubblici alla luce del diritto dell'Unione europea<sup>55</sup>.

## VI. L'incidenza dell'immunità sull'esercizio della giurisdizione in forza del Regolamento nel quadro dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto internazionale consuetudinario

23. La distinzione tra *acta iure imperi* ed *acta iure gestionis* assume importanza centrale anche per la definizione della questione relativa alla applicabilità dell'immunità statale ad enti di diritto privato come i convenuti nel giudizio *a quo*, in relazione alle attività di classificazione e di certificazione delle navi di bandiera.

24. Prima di analizzare quale sia la soluzione adottata sul punto<sup>56</sup>, occorre premettere alcune osservazioni in merito all'incidenza che il principio di diritto internazionale consuetudinario riguardante l'immunità degli Stati ha sulla applicabilità del regolamento 44/2001.

25. Tale questione pone all'attenzione la più ampia tematica dei rapporti tra il diritto internazionale (in particolare quello consuetudinario), da una parte, e il diritto dell'Unione europea, dall'altra.

Dal punto di vista normativo, tali rapporti sono in linea generale regolati nell'art. 3, par. 5, TUE, secondo cui «nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla (...) rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale (...)»<sup>57</sup>.

Inoltre, costituisce principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia - che si può affermare sia stato recepito dalla predetta norma del trattato<sup>58</sup> - quello secondo cui il diritto internazionale, non solo pattizio ma anche consuetudinario, vincola le istituzioni europee e fa parte del diritto dell'Unione<sup>59</sup>. Tale vincolo discende dal fatto che l'Unione europea è un soggetto di diritto internazionale, autonomo rispetto agli Stati membri, come tale, tenuto a rispettare gli obblighi discendenti dal diritto internazionale generale, nonché dalle convenzioni di cui è parte (sia quelle concluse dalla stessa Unione sia quelle concluse dagli Stati membri, nelle quali essa è subentrata in base alla teoria della successione).

<sup>55</sup> Cfr. Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, dispositivo.

<sup>56</sup> V. *infra*, par. 7

<sup>57</sup> Trattato sull'Unione europea (versione consolidata), in GUUE C 326 del 26 ottobre 2012, pp. 13-45.

<sup>58</sup> V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 135; v. anche LENAERTS, "The Kadi Saga and the Rule of Law within the EU", in *SMU Law Review*, 2014, p. 712.

<sup>59</sup> V. Corte di giustizia, 16 giugno 1998, *A. Racke GmbH & Co. contro Hauptzollamt Mainz*, C162/96, ECLI:EU:C:1998:293, par. 46; 25 febbraio 2010, *Firma Brita GmbH contro Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, C386/08, ECLI:EU:C:2010:91, par. 42; 23 gennaio 2014, *Mattia Manzi e Compagnia Naviera Orchestra contro Capitaneria di Porto di Genova*, C537/11, ECLI:EU:C:2014:19, par. 39; nonché 14 marzo 2017, *A e a. contro Minister van Buitenlandse Zaken*, C158/14, ECLI:EU:C:2017:202, par. 87. In particolare, nella sentenza *Racke* la Corte ha affermato per la prima volta il carattere vincolante delle norme di diritto internazionale consuetudinario sul diritto comunitario. Se prima di tale pronuncia la Corte si era già dovuta pronunciare sulla compatibilità di atti comunitari rispetto a norme pattizie contenute sia in trattati conclusi dalla Comunità (v. Corte di giustizia, 30 aprile 1974, *R. & V. Haegeman contro Stato belga*, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41) sia in trattati conclusi dagli Stati membri, ai quali la Comunità si è sostituita negli obblighi (v. Corte di giustizia, 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite da 21 a 24/72, ECLI:EU:C:1972:115), nel caso *Racke* i giudici di Lussemburgo hanno affrontato la questione della compatibilità di un regolamento del Consiglio (n. 3300/91), che disponeva la sospensione delle concessioni commerciali derivanti da un accordo internazionale (accordo di cooperazione del 2 aprile 1980, stipulato dalla Comunità e dagli Stati membri con la Repubblica federale socialista di Jugoslavia) rispetto alla regola di diritto internazionale consuetudinario *rebus sic stantibus*. La Corte ha affermato che la Comunità è tenuta a rispettare anche le norme di diritto consuetudinario internazionale, le quali fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario, per poi concludere nel senso che il regolamento in questione rispettava le norme consuetudinarie sulle condizioni previste per invocare la clausola risolutiva dei trattati in caso di sopravvenienze (v. MASTROIANNI, "La rilevanza delle norme consuetudinarie sulla sospensione dei trattati nell'ordinamento comunitario: la sentenza *Racke*", in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 86-105).

Tuttavia, come precisato dalla stessa giurisprudenza della Corte, un obbligo di diritto internazionale, pattizio o consuetudinario, può far parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione nei limiti in cui non ponga in discussione la struttura costituzionale ed i valori sui quali l'Unione stessa si fonda.

Tale principio, come ricordato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni relative al caso *Rina*<sup>60</sup>, è stato affermato in due pronunce della Corte: la prima, relativa al rapporto tra diritto comunitario e obblighi pattizi, è la sentenza *Kadi*<sup>61</sup>, nella quale la Corte ha statuito che l'osservanza di un accordo internazionale non può portare a compromettere i principi costituzionali enunciati nell'allora vigente Trattato Ce, tra i quali è incluso quello secondo cui gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali<sup>62</sup>. La seconda, che coinvolge, invece, il diritto internazionale consuetudinario, è la sentenza *Ungheria contro Repubblica slovacca*<sup>63</sup>, nella quale i Giudici di Lussemburgo hanno ritenuto legittima la limitazione del diritto di circolazione - che l'articolo 21 TFUE riconosce a ciascun cittadino dell'Unione - per chi ricopre la funzione di Capo di Stato, poiché le norme consuetudinarie di diritto internazionale generale (oltre a quelle di alcune convenzioni multilaterali) riservano a tale figura uno *status* speciale<sup>64</sup>.

**26.** Nel caso in commento, i principi appena esposti comportano che la norma di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità, laddove ritenuta applicabile in favore della parte convenuta che la ha invocata, osta all'esercizio della giurisdizione attribuita al giudice di uno Stato membro dal regolamento 44/2001<sup>65</sup>.

Tuttavia, perché ciò accada, occorre prima verificare che la predetta norma di diritto consuetudinario non conduca a violare i valori fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, il diritto alla effettività della tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza, nella sua declinazione essenziale del diritto di ricorrere ad un giudice<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 138-140.

<sup>61</sup> Corte di giustizia, 3 settembre 2008, *P. Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, C402/05 P e C415/05, ECLI:EU:C:2008:461.

<sup>62</sup> Corte di giustizia, 3 settembre 2008, *Kadi*, C402/05 P e C415/05, ECLI:EU:C:2008:461, par. 285. Sull'incorporazione del diritto internazionale nel diritto dell'Unione europea, alla luce della sentenza citata, si veda LENAERTS, "The Kadi Saga ...", op. cit., pp. 706-707.

<sup>63</sup> Corte di giustizia, 16 ottobre 2012, *Ungheria contro Repubblica slovacca*, C364/10, ECLI:EU:C:2012:630.

<sup>64</sup> Corte di giustizia, 16 ottobre 2012, *Ungheria c. Repubblica slovacca*, C364/10, ECLI:EU:C:2012:630, par. 51 e 52. La Corte ha quindi concluso nel senso che, nelle circostanze della fattispecie, l'articolo 21 TFUE non imponeva ad un altro Stato di garantire l'ingresso nel suo territorio del cittadino europeo che rivestiva la funzione di capo di Stato.

<sup>65</sup> Sul punto, l'Avvocato generale Szpunar ha osservato che le norme di diritto internazionale consuetudinario vincolano le istituzioni europee e fanno parte dell'ordinamento dell'Unione, prevalendo sugli atti di diritto derivato. Per tale ragione il regolamento 44/2001, quale atto di diritto derivato, deve essere interpretato conformemente al principio di diritto internazionale sull'immunità statale (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 136). Si ricordi, tuttavia, che lo stesso Avvocato generale, in altro precedente passaggio delle conclusioni, ha escluso che la nozione di materia civile e commerciale vada interpretata alla luce del principio di diritto consuetudinario dell'immunità (v. *supra* nota 35). Ne consegue che, per dare una lettura coerente alle conclusioni dell'Avvocato, occorre ritenere che nel passaggio qui in esame si riferisca ad una interpretazione complessiva del regolamento, nel senso che esso non imponga al giudice dello Stato membro di esercitare la propria giurisdizione nelle controversie nelle quali la parte convenuta si avvalga dell'immunità (essendo legittimata a farlo). Invero, il rispetto del principio dell'immunità è garantito più che da un'interpretazione del regolamento, dall'applicazione della norma di diritto internazionale consuetudinario che lo prevede, la quale riveste rango superiore rispetto al regolamento stesso (v. *supra*, questo paragrafo).

<sup>66</sup> La sussistenza dell'obbligo in capo al giudice di uno Stato membro di rispettare l'art. 47 della Carta quando attua il diritto dell'Unione, applicando il regolamento 44/2001, è stata sottolineata da un costante indirizzo giurisprudenziale della Corte (v. Corte di giustizia, 25 maggio 2016, *Rudolfs Meroni c. Recoletos Limited*, C559/14, ECLI:EU:C:2016:349, par. 44; 11 settembre 2014, *A contro B e altri*, C112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, par. 51; 15 marzo 2012, *G contro Cornelius de Visser*, C292/10, ECLI:EU:C:2012:142, par. 47 e 48; sentenza del 17 novembre 2011, *Hypoteční banka a.s. contro Udo Mike Lindner*, C327/10, ECLI:EU:C:2011:745, par. 48 e 49). La giurisprudenza della Corte di giustizia ha anche chiarito che «l'art. 47 è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale» (v. Corte di giustizia, 17 aprile 2018, *Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, C414/16, ECLI:EU:C:2018:257, par. 78). Si ricordi, infine, che il principio della tutela giurisdizionale effettiva, enunciato nell'articolo 47, comprende diversi diritti: i diritti della difesa, il principio della parità delle armi, il diritto di ricorso ad un giudice, nonché la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare (sul punto si veda Corte di giustizia, 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, C199/11, ECLI:EU:C:2012:684, par. 48).

In definitiva, l'autorità giudiziaria dello Stato membro, chiamata ad esercitare la propria giurisdizione in forza di un regolamento europeo, deve, da una parte, rispettare l'immunità giurisdizionale invocata dal convenuto, perché essa si fonda su una norma di diritto internazionale consuetudinario, che fa parte integrante del diritto dell'Unione, come fonte sovraordinata rispetto agli atti di diritto derivato. Dall'altra parte, deve valutare che il riconoscimento dell'immunità non comporti una violazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce l'effettività della tutela giurisdizionale e il diritto all'accesso alla giurisdizione. Nel caso in cui non ritenga sussistente tale violazione, declinerà la propria giurisdizione. In caso contrario, la eserciterà, in quanto il diritto internazionale, nel conflitto con i valori di base del diritto eurounitario, è destinato, come visto, a soccombere.

27. È proprio tale valutazione che il giudice del rinvio del caso *Rina* è chiamato a compiere, su invito della Corte di giustizia. Essa, infatti, dopo aver brevemente richiamato i principi e la giurisprudenza appena menzionati, relativi ai rapporti tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, sottolinea il dovere, da parte il giudice *a quo*, di assicurarsi che, in caso di accoglimento dell'eccezione di immunità giurisdizionale, gli attori nel giudizio *a quo* non siano privati del diritto all'accesso alla giustizia, sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza<sup>67</sup>.

28. Si tratta di una precisazione che distingue il caso in esame dal precedente *Mahamdia*, nel quale la Corte non ha rivolto al giudice del rinvio un analogo invito. Le ragioni possono forse trovarsi nel maggior rischio di lesione del diritto all'accesso ad un giudice insito nel riconoscere l'immunità ad enti di diritto privato (domiciliati in uno Stato diverso da quello per conto del quale hanno agito e della cui immunità chiedono di beneficiare), quali sono le convenute nella causa *Rina*, rispetto a quello derivante dal riconoscere l'immunità ad uno Stato, come la convenuta Repubblica algerina della causa *Mahamdia*. Come osservato dall'Avvocato generale Szpunar<sup>68</sup>, infatti, in quest'ultimo caso l'attore avrà la possibilità di riproporre l'azione davanti ai tribunali dello Stato convenuto, i quali difficilmente potranno declinare la competenza a conoscere di un'azione diretta contro tale Stato. Nel primo, invece, l'attore con più difficoltà potrà ripresentare la domanda davanti ai giudici dello Stato per conto del quale gli enti convenuti hanno agito, stante l'assenza di un legame territoriale tra tali enti e lo Stato<sup>69</sup>. Di qui la necessità di una maggiore prudenza da parte del giudice del rinvio del caso *Rina* nel condurre il bilanciamento tra immunità e diritto di accesso alla giustizia.

29. Ad ogni modo, nel compiere tale bilanciamento l'autorità remittente non potrà non tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativa all'art. 6, par. 1, CEDU, secondo la quale il riconoscimento dell'immunità giurisdizionale nei procedimenti civili costituisce una limitazione ammissibile del diritto di adire un giudice, in quanto diretta a perseguire uno scopo legittimo - vale a dire quello di rispettare il diritto internazionale, garantendo le buone relazioni tra Stati - e proporzionata a tale scopo<sup>70</sup>.

D'altronde, nel caso di specie, tale giurisprudenza della Corte di Strasburgo assume particolare rilevanza per il giudice dello Stato membro, in ragione della corrispondenza di contenuto tra l'art. 47

<sup>67</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 55.

<sup>68</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 142.

<sup>69</sup> Tale osservazione, tuttavia, deve tener conto, da una parte, che, come precisato dalla Corte internazionale di giustizia, la regola di diritto internazionale consuetudinario sull'immunità degli Stati opera a prescindere dall'esistenza di altri rimedi esperibili, rispetto a quello nell'ambito del quale è riconosciuta l'immunità stessa (Corte internazionale di giustizia, *Germania c. Italia*, par. 101, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 473 ss.); dall'altra, che la Corte EDU ha escluso che la presenza di strumenti alternativi di riparazione influisca sul giudizio di proporzionalità cui è subordinata l'ammissibilità dell'immunità statale, quale limitazione del diritto all'accesso ad un giudice (Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 gennaio 2014, *Jones e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 34356/06 e 40528/06, par. 193-195).

<sup>70</sup> Per il consolidato orientamento in parola, si vedano Corte europea dei diritti dell'uomo sentenze 21 novembre 2001, *Fogarty c. Regno Unito*, par. 32-33; 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par. 53-56; 29 giugno 2011, *Sabeh El Leil c. Francia*, ric. n. 34869/05, par. 46-47; 14 gennaio 2014, *Jones e altri c. Regno Unito*, par. 186-189.

della Carta di Nizza e l'art. 6, par. 1, CEDU<sup>71</sup>: come noto, l'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, sancendo il principio di equivalenza tra i diritti corrispondenti tutelati nei due strumenti di tutela, ne impone una interpretazione comune, così che la portata e il significato attribuito dalla Corte EDU al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva varranno anche per i giudici chiamati a sorvegliare sul rispetto dell'art. 47 della Carta<sup>72</sup>.

## VII. *Segue: immunità per acta iure imperii e attività di classificazione e certificazione svolte da enti privati*

**30.** È evidente che, in ogni caso, il problema di un possibile conflitto tra il principio di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità e il diritto all'accesso alla giustizia si porrà solo se il giudice del rinvio riterrà applicabile l'immunità in favore delle convenute, dopo aver acclarato che le stesse abbiano agito nell'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri, ai sensi del diritto internazionale.

Con riferimento alla questione in esame, infatti, la Corte di giustizia afferma che le società Rina potranno beneficiare dell'immunità solo a condizione che le attività dalle stesse svolte nel caso concreto possano essere qualificate come *acta iure imperii* alla luce del diritto internazionale, in seguito ad accertamento riservato al giudice del rinvio<sup>73</sup>.

**31.** Tuttavia – del tutto similmente all'applicabilità del regolamento<sup>74</sup> – la Corte non si limita a rimettere la predetta valutazione al giudice *a quo*, ma indica altresì allo stesso la propria posizione sul punto.

Essa, innanzitutto, premette che nella prassi internazionale la dottrina dell'immunità relativa – secondo la quale essa opera solo con riferimento agli atti compiuti dallo Stato nell'esercizio dei pubblici poteri – ha ormai sostituito quella dell'immunità assoluta, che accordava allo Stato l'esenzione dalla potestà giurisdizionale straniera a prescindere dal tipo di atto in relazione al quale venisse affermata la sua responsabilità<sup>75</sup>. Per stabilire se le convenute possano beneficiare dell'immunità, il giudice del rinvio, pertanto, dovrà applicare il criterio basato sulla distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Cfr. spiegazione relativa all'art. 47, in «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali», in GUUE C 303/02 del 14 dicembre 2007, pp. 17-35.

<sup>72</sup> V. art. 52, par. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in GUUE C 364 del 18 dicembre 2000, pp. 1-22. È noto, tuttavia, che in base all'ultimo periodo di tale disposizione, non è preclusa al diritto dell'Unione una protezione più estesa rispetto a quella garantita dalla CEDU. In tale ottica, si potrebbe sostenere che la regola dell'immunità comporti una violazione non accettabile al diritto di accesso al giudice sancito dall'art. 47 della Carta, allorquando, nel caso specifico in cui venga applicata, non sussistano altri rimedi esperibili in alternativa da parte del soggetto che ha invocato la tutela (sebbene, come visto, tale circostanza non sia stata ritenuta rilevante dalla giurisprudenza della Corte EDU: v. *supra* nota 69). Questo, dunque, potrebbe essere il significato dell'invito che la Corte, nella sentenza in commento, rivolge al giudice del rinvio, di assicurarsi che, qualora accogliesse l'eccezione di immunità giurisdizionale in favore delle società Rina, i soggetti danneggiati non siano privati del loro diritto di adire un giudice.

<sup>73</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 53-60.

<sup>74</sup> V. *supra* par. 5.

<sup>75</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 56. Sulle teorie dell'immunità degli Stati si vedano, *ex multis*: FOX, WEBB, "The Law of State Immunity", Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 25 ss.; YANG, "State Immunity in International Law", Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 6 ss.; HIGGINS, "International law and the avoidance, containment and resolution of disputes, General Course on Public International Law", in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 230, 1991, p. 115 ss.; LUZZATTO, "Stati stranieri e giurisdizione nazionale", Giuffrè, Milano, 1972, p. 154 ss.; PANEBIANCO, "Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri", Pubblicazioni della facoltà giuridica dell'Università di Napoli, Napoli, 1967, p. 295 ss.; MORELLI, *op. cit.*, p. 187 ss.; QUADRI, "La giurisdizione sugli Stati stranieri", Giuffrè, Milano, 1941, p. 95 ss.

<sup>76</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020 *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 57. Sulle incertezze correlate alla distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* come criterio delimitativo dell'area dell'immunità statale secondo la teoria ristretta si vedano: YANG, *op. cit.*, p. 75 ss.; FOX, WEBB, *op. cit.*, p. 396 ss.; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 169 ss. Si osservi che in relazione alle controversie in materia di illeciti extracontrattuali, la convenzione di Basilea del 1972 (convenzione europea sull'immunità degli Stati) priva di rilievo la predetta distinzione (tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*) e, all'art. 11, esclude del tutto che uno Stato contraente possa avvalersi dell'immunità se convenuto in giudizio davanti al giudice dello Stato in cui l'illecito si è verificato. Nel caso oggetto della sentenza in esame, tuttavia, la convenzione di Basilea non era applicabile, altrimenti le

La Corte, poi, fa proprie – tramite un rinvio alle stesse<sup>77</sup> - le osservazioni dell'Avvocato generale con riferimento agli elementi che inducono ad escludere che enti privati, quali le società Rina, possano beneficiare dell'immunità, in relazione agli atti compiuti su delega statale.

Un primo argomento in tal senso viene tratto dalla convenzione di New York sull'immunità degli Stati<sup>78</sup>, la quale, sebbene non sia ancora entrata in vigore, è comunque degna di considerazione, anche tenuto conto che alcune sue disposizioni avevano influito sulla decisione della Corte di Giustizia relativa al caso *Mahamdia*<sup>79</sup>. Dai lavori preparatori della Convenzione emerge che gli enti diversi dallo Stato, i quali siano delegati a compiere atti nell'esercizio dell'autorità sovrana statale, di norma, non possono svolgere funzioni di governo né avvalersi dell'immunità giurisdizionale<sup>80</sup>. Inoltre, se l'art. 10, par. 3, della predetta Convenzione, esclude che possano beneficiare dell'immunità le imprese statali o altri enti istituiti dallo Stato, qualora siano convenuti in un giudizio relativo ad una transazione commerciale che li veda coinvolti<sup>81</sup>, a maggior ragione non potrà essere riconosciuta l'immunità in favore di enti di diritto privato come le società Rina<sup>82</sup>.

Nello stesso senso depone, d'altronde, anche la direttiva 2009/15<sup>83</sup> e in particolare il suo «considerando» n. 16, a tenore del quale l'immunità non rientra tra le garanzie giuridiche e le protezioni giurisdizionali che gli Stati membri, destinatari della direttiva, devono accordare agli enti delegati dagli Stati al compimento dell'attività di rilascio dei certificati obbligatori<sup>84</sup>.

La Corte, pur prendendo atto della non applicabilità della direttiva al caso di specie (oltre che del carattere non vincolante dei «considerando»), condivide l'osservazione fatta dall'Avvocato generale secondo cui, dal momento che le prassi delle organizzazioni internazionali possono contribuire alla formazione o all'espressione di norme di diritto internazionale consuetudinario sulle questioni che rientrano nel loro mandato, il «considerando» in questione può essere utilizzato per ricostruire la prassi dell'Unione europea<sup>85</sup>. Tale prassi, pertanto, stante il tenore del summenzionato «considerando», può

---

convenute non avrebbero potuto eccepire l'immunità, in quanto il fatto illecito – vale a dire l'errata esecuzione delle operazioni di classificazione e certificazione della nave - da cui è asseritamente originato il naufragio, era avvenuto nello Stato del foro.

<sup>77</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 57.

<sup>78</sup> Convenzione sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 2 dicembre del 2004 ed aperta alla firma degli Stati dal 17 gennaio 2005.

<sup>79</sup> V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 111-113. Nella sentenza *Mahamdia*, infatti, la Corte ha affermato che, al fine di escludere l'immunità, il giudice avrebbe dovuto accertare che le funzioni esercitate dal lavoratore non implicassero l'esercizio di pubblici poteri o che l'azione giudiziaria non interferisse con gli interessi dello Stato in materia di sicurezza (Corte di giustizia, 19 luglio 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, par. 55 e 56). Quest'ultimo accertamento è imposto anche dalla convenzione di New York, nella disposizione relativa ai procedimenti di licenziamento o risoluzione dei contratti di lavoro (cfr. convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, art. 11, par. 2, lett. d).

<sup>80</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 114; v. anche «Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries», in *Yearbook of International Law Commission*, 1991, vol. II (2), p. 17.

<sup>81</sup> Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, art. 10, par. 3.

<sup>82</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 114.

<sup>83</sup> V. *supra* nota 40.

<sup>84</sup> Cfr. direttiva 2009/15/CE, considerando n. 16.

<sup>85</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 59; Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale*, C641/18, ECLI:EU:C:2020:3, par. 123-126. L'Avvocato generale sul punto richiama, in particolare, «Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries», *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, nel quale, alla *conclusion* 4.2, si legge: «In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law». Nel «commentario» a tale conclusione si precisa che la prassi di una organizzazione internazionale (quando accompagnata anche dall'*opinio juris*) può creare o attestare una regola di diritto consuetudinario, ma solo con riferimento alle regole il cui oggetto rientra nel mandato dell'organizzazione e/o quelle che sono specificamente indirizzate alla medesima organizzazione (*Draft Conclusions* cit., p. 130). D'altra parte, però, va notato che nel medesimo documento si invita espressamente alla cautela nell'attribuire portata generale alle suddette prassi. In tale operazione occorre tenere conto: della natura dell'organizzazione e dell'organo da cui originano tali prassi; se esse sono destinate ad avere effetti esterni all'organizzazione o all'organo, e se sono compatibili con quelle degli Stati membri (*Draft Conclusions* cit., p. 131).

essere letta nel senso di attribuire una portata restrittiva al principio di immunità, tale da escluderne l'applicabilità agli enti privati che svolgono attività di classificazione e certificazione di navi di bandiera<sup>86</sup>.

32. È significativo notare, dunque, che la Corte, nel fornire la propria interpretazione della norma di diritto internazionale consuetudinario sull'immunità – nell'ottica di una sua potenziale incidenza sull'applicazione del regolamento 44/2001 – non si limita a prendere in considerazione la prassi internazionale, ma dà rilievo anche al diritto dell'Unione europea ed in particolare ad un atto di diritto derivato quale è la direttiva 2009/15, come fonte dalla quale ricavare la prassi seguita dalle istituzioni europee e che contribuisce a creare o attestare il diritto internazionale consuetudinario.

## VIII. Conclusioni

33. In conclusione, la sentenza *Rina*, oltre a collocarsi nell'ambito di una vicenda giudiziaria particolarmente rilevante per la tragicità dell'evento dal quale è scaturita (il naufragio del traghetto *Al Salam Boccaccio '98*), è degna di nota poiché in essa la Corte di giustizia afferma principi utili alla ricostruzione dei rapporti tra il regolamento 44/2001 (e 1215/2012) e la norma di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione, in relazione alle controversie concernenti l'attività di classificazione e certificazione delle navi di bandiera.

34. Se, da una parte, i precedenti *Lechouritou* e *Mahamdia* sono stati interpretati dalla dottrina nel senso che da essi risulta un rapporto di complementarità tra la «materia civile e commerciale» e l'estensione dell'immunità giurisdizionale, nel caso in commento la Corte sottolinea la necessità di distinguere nettamente i due profili. Gli *acta iure imperii* rilevanti per escludere una controversia dall'ambito applicativo oggettivo del regolamento non coincidono con quelli in relazione ai quali soltanto può essere invocata l'immunità statale, dovendo essere definiti, i primi, alla luce del diritto dell'Unione europea, mentre i secondi, alla luce del diritto internazionale. Ne consegue che, secondo questa impostazione, non è possibile escludere automaticamente che il regolamento 44/2001 si possa applicare alle controversie nelle quali il convenuto invochi (fondatamente) l'immunità. Parimenti, non è corretto affermare che, una volta accertata l'applicabilità *ratione materiae* del regolamento alla controversia oggetto di causa, il convenuto non possa avvalersi dell'immunità.

35. Le precisazioni operate dalla Corte, sebbene riferite al regolamento Bruxelles I, rappresentano una fondamentale chiave di lettura della disposizione che delinea il campo di applicazione materiale del regolamento 1215/2012. Infatti, come precisato in più occasioni dalla Corte di giustizia, poiché il regolamento 44/2001 è stato abrogato e sostituito dal regolamento 1215/2012, l'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni del primo, vale anche per le disposizioni equivalenti del secondo.

L'art. 1, par. 1 del regolamento Bruxelles I-bis si differenzia dalla corrispondente disposizione del precedente regolamento solo per la nuova specificazione secondo cui la «materia civile e commerciale» non comprende «la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)». Tale formulazione, tuttavia, se da una parte ha positivizzato un'esclusione già introdotta in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento al regolamento Bruxelles I, dall'altra, ha lasciato aperti i dubbi correlati all'incerta categoria degli *acta iure imperii*, la cui definizione rende ancora necessaria l'opera ermeneutica degli interpreti. Di qui, pertanto, l'utilità della pronuncia in commento, la quale chiarisce i criteri che devono essere seguiti nell'operazione di distinzione tra gli *acta iure gestionis* e gli *acta iure imperii*.

36. La sentenza in commento, inoltre, ha rappresentato per la Corte un'occasione per potersi pronunciare sulla norma di diritto internazionale consuetudinario che sancisce l'immunità degli Stati.

<sup>86</sup> Corte di giustizia, 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 59.

In particolare, significativa è la precisazione della Corte di giustizia secondo cui la regola dell'immunità statale, stabilita da una norma di diritto internazionale consuetudinario, che come tale vincola le istituzioni europee, può prevalere su un atto di diritto derivato, come il regolamento 44/2001, imponendo al giudice designato di declinare la giurisdizione, solo a condizione che ciò non comporti una inammissibile limitazione del diritto di accesso alla giustizia, sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza.

In sostanza, la Corte invita il giudice del rinvio – qualora questi dovesse ritenere applicabile l'immunità sollevata dalla parte convenuta - ad operare un delicato bilanciamento tra il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 della Carta, e l'immunità statale.

Nell'operare tale bilanciamento, il giudice remittente dovrà considerare due aspetti.

Da un lato, il fatto che la giurisprudenza della Corte EDU risolve il suddetto bilanciamento in favore dell'immunità, considerando quest'ultima una limitazione legittima del diritto all'accesso alla giustizia, in quanto posta a garanzia delle buone relazioni internazionali. Tale interpretazione, relativa all'art. 6 CEDU, vincola anche il giudice dello Stato membro chiamato a controllare il rispetto dell'art. 47 della Carta di Nizza, stante il principio di equivalenza tra i diritti corrispondenti previsti dai due strumenti di tutela, sancito dall'art. 52, par. 3 della Carta di Nizza.

Dall'altro lato, il giudice del rinvio dovrà tenere conto che l'ultimo periodo della disposizione da ultimo richiamata prevede che il diritto dell'Unione europea può concedere una protezione più estesa dei diritti fondamentali rispetto a quella garantita dal sistema CEDU. In quest'ottica, pertanto, il suddetto giudice potrebbe operare il bilanciamento tra l'immunità e il diritto ad un ricorso effettivo, in favore di quest'ultimo, qualora, ad esempio, ritenga che il riconoscimento dell'immunità a beneficio della parte convenuta comporti un diniego di tutela giurisdizionale in capo all'attore.

Tale eventualità, in particolare, può accadere allorquando non vi siano altri giudici ai quali la parte attrice possa rivolgersi, poiché l'unico dotato di giurisdizione sulla controversia è quello adito. Una simile ipotesi, come visto, rischia di verificarsi proprio nel caso in esame: qualora dovesse essere riconosciuta l'immunità in favore dei convenuti, infatti, gli attori incontrerebbero maggiori difficoltà nel ripresentare la domanda davanti ad un'altra autorità giudiziaria, diversa da quella adita, per gli stretti collegamenti che la controversia presenta con quest'ultima.

O *FAVOR DIVORTII* E OS SEUS LIMITES NO REGULAMENTO  
ROMA III: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA DE 16 DE JULHO DE 2020,  
JE CONTRA KF, C-249/19, EU:C:2020:570

*FAVOR DIVORTII* AND ITS LIMITS ON THE ROME III  
REGULATION: ANNOTATION ON THE EUROPEAN  
COURT OF JUSTICE JUDGMENT OF 16 JULY 2020,  
JE V KF, C-249/19, EU:C:2020:570

JOÃO GOMES DE ALMEIDA  
*Professor Auxiliar da Faculdade de Direito*  
*Universidade de Lisboa*  
ORCID 0000-0002-0486-6165

Recibido: 18.01.2021 / Aceptado: 23.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5997>

**Resumo:** No Acórdão *JE contra KF*, o Tribunal de Justiça da União Europeia responde a uma questão colocada sobre o modo de interpretar o artigo 10.º do Regulamento Roma III. Este comentário examina a solução dada, bem como um *obiter dictum* efetuado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

**Palavras-chave:** Regulamento Roma III, Regulamento (UE) n.º 1259/2010, significado de “não preveja o divórcio”.

**Abstract:** In the *JE v KF* judgment, the European Court of Justice answers a question regarding the interpretation of article 10 of the Rome III Regulation. This annotation examines the solution and an *obiter dictum* given by the European Court of Justice.

**Keywords:** Rome III Regulation, Regulation No 1259/2010, meaning of “no provision for divorce”.

**Sumário:** I. Os factos do caso. II. A questão prejudicial. III. A resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia. IV. Análise. 1. Considerações gerais. 2. A interpretação do artigo 10.º: o elemento literal, o contexto do preceito e as finalidades prosseguidas pelo Regulamento; 3. O *obiter dictum* sobre a prática jurisprudencial romena. V. Conclusões.

## I. Os factos do caso

1. Dois nacionais romenos casaram entre si em 2 de setembro de 2001. Em 13 de outubro de 2016, um deles intentou ação de divórcio junto dos tribunais romenos. À data da propositura da ação, os cônjuges residiam habitualmente em Itália.

2. O Tribunal de 1.ª instância romeno considerou a lei italiana aplicável ao litígio, nos termos do artigo 8.º, alínea *a*), do Regulamento Roma III<sup>1</sup>, e decidiu que o pedido apresentado era inadmissível

<sup>1</sup> Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, publicado no Jornal Oficial da União Europeia (doravante JO) L 343, de 29 de dezembro de 2010.

pois, segundo esta lei, uma ação de divórcio como a que foi proposta só podia ser intentada se tivesse havido separação judicial dos cônjuges previamente declarada ou decretada por um tribunal e se tivessem decorrido, pelo menos, três anos entre a data dessa separação e a da propositura da ação.

3. O cônjuge autor interpôs recurso da decisão para o Tribunal de Bucareste, alegando que (i) o artigo 10.º do Regulamento Roma III é aplicável nos casos em que a lei estrangeira designada é mais restritiva do que a *lex fori* quanto aos requisitos para decretar o divórcio, e (ii) que a aplicação do Direito material italiano no caso concreto violava princípios fundamentais da ordem pública internacional romena, o que justificava o afastamento dessa lei nos termos do artigo 12.º do mesmo Regulamento.

## II. A questão prejudicial

4. O Tribunal de Bucareste suspendeu a instância e colocou a seguinte questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia:

“[Deve o] artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 [ser interpretado] no sentido de [que] a expressão “a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio” deve ser interpretada de forma restritiva e literal, isto é, no sentido de que apenas abrange as situações em que a lei estrangeira aplicável não preveja de nenhuma forma o divórcio, ou deve ser interpretada de forma extensiva, no sentido de que também abrange as situações em que a lei estrangeira aplicável admite o divórcio, mas em condições excepcionalmente restritivas, que implicam um processo obrigatório de separação judicial prévio ao divórcio, processo para o qual a lei do foro não prevê disposições processuais equivalentes?”<sup>2</sup>

5. Em suma, o Tribunal de Bucareste perguntou ao Tribunal de Justiça da União Europeia se a expressão “não preveja o divórcio” deve ser interpretada de forma estrita ou de forma mais ampla, de modo a incluir situações em que a lei estrangeira preveja o divórcio, estabelecendo muito embora requisitos mais exigentes para o decretar.

O Tribunal de Bucareste entendeu limitar a questão prejudicial ao artigo 10.º do Regulamento Roma III, não suscitando qualquer questão sobre a alegação de violação da ordem pública internacional romena (artigo 12.º). Compreende-se a opção. O artigo 10.º é uma norma inovadora, que não tem equivalente nos demais regulamentos da União Europeia sobre a determinação da lei aplicável. Já o artigo 12.º é em tudo semelhante aos artigos 21.º e 26.º, respetivamente, dos Regulamentos Roma I<sup>3</sup> e Roma II<sup>4</sup>, que o antecederam, ao artigo 35.º do Regulamento sobre sucessões<sup>5</sup> e aos artigos 31.º do Regulamento sobre regimes matrimoniais<sup>6</sup> e do Regulamento sobre efeitos patrimoniais das parcerias registadas<sup>7</sup>, que o sucederam. Admite-se assim que o concreto litígio colocado perante o Tribunal de Bucareste não tenha suscitado qualquer questão *nova* sobre a reserva de ordem pública internacional que justificasse a utilização do mecanismo do reenvio prejudicial.

<sup>2</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerando n.º 20.

<sup>3</sup> Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), publicado no JO L 177, de 4 de julho de 2008.

<sup>4</sup> Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), publicado no JO L 199, de 31 de julho de 2007.

<sup>5</sup> Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, publicado no JO L 201, de 27 de julho de 2012.

<sup>6</sup> Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, publicado no JO L 183, de 8 de julho de 2016.

<sup>7</sup> Regulamento (UE) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, publicado no JO L 183, de 8 de julho de 2016.

### III. A resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia

6. O Tribunal de Justiça da União Europeia assinala, preliminarmente, que o artigo 10.º constitui uma exceção aos artigos 5.º e 8.º, que consagram as normas de conflitos principal e subsidiária do Regulamento Roma III, e, como tal, deve ser objeto de interpretação *estrita*<sup>8</sup>.

7. De seguida, o Tribunal de Justiça da União Europeia procede à interpretação do artigo 10.º do Regulamento Roma III.

Começa por analisar a letra do preceito, bem como o considerando n.º 24 do Regulamento Roma III, concluindo que estes elementos não permitem a aplicação do preceito nos casos em que a lei aplicável prevê o divórcio, mas sujeita-o ao cumprimento de requisitos mais restritivos do que os previstos na lei do foro<sup>9</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia destaca, depois, que a expressão “não preveja o divórcio” é igualmente utilizada no artigo 13.º do Regulamento Roma III e que o considerando n.º 26, referindo-se a esta norma, esclarece que a expressão se deve interpretar no sentido de a lei *não contemplar* o divórcio. Apesar de se referir ao artigo 13.º, sendo idêntica a expressão utilizada nos dois preceitos, o Tribunal de Justiça da União Europeia considera que as indicações fornecidas pelo considerando são igualmente pertinentes para a interpretação do artigo 10.º do Regulamento Roma III<sup>10</sup>.

Por fim, conclui que a interpretação mais ampla, que subsume ao artigo 10.º os casos em que a lei aplicável concede o divórcio em termos mais restritivos do que a lei do foro, é contrária às finalidades prosseguidas pelo Regulamento Roma III, que visa instituir um quadro jurídico claro e completo em matéria de lei aplicável ao divórcio e à separação judicial nos Estados-Membros participantes, garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a flexibilidade nos processos matrimoniais internacionais e, portanto, facilitar a livre circulação de pessoas no interior da União Europeia, bem como impedir uma situação em que um dos cônjuges pede o divórcio antes do outro para garantir que o processo seja regido por uma lei específica que considera mais favorável à salvaguarda dos seus interesses<sup>11</sup>. Isto porque esta interpretação mais ampla (i) obrigaria a uma análise casuística e apreciação subjetiva dos requisitos para a concessão de divórcio da lei aplicável e da lei do foro; (ii) poderia frustrar a aplicação de uma lei com a qual os cônjuges têm uma conexão mais estreita, afastando ou a conexão principal (autonomia privada) ou a conexão subsidiária; e (iii) poderia criar um *novo* incentivo ao *forum shopping*: sempre que o Regulamento Bruxelas II *bis*<sup>12</sup> atribua competência internacional para julgar o divórcio aos tribunais de mais de um Estado-Membro, o cônjuge que pretende o divórcio tenderá a intentar essa ação junto dos tribunais do Estado-Membro cuja lei estabeleça os requisitos de concessão de divórcio menos restritivos<sup>13</sup>.

Conclui, assim, que o facto de a lei aplicável nos termos do artigo 5.º ou 8.º do Regulamento Roma III prever requisitos mais restritivos para o divórcio do que a lei do foro é irrelevante para efeitos do artigo 10.º do mencionado Regulamento<sup>14</sup>.

8. O Tribunal de Justiça da União Europeia debruça-se ainda sobre a prática jurisprudencial romana descrita pelo órgão jurisdicional de reenvio: em litígios como o do presente processo, os pedidos de divórcio “(...) são indeferidos por serem, respetivamente, inadmissíveis, com fundamento em que o direito romeno não prevê o processo de separação judicial, e prematuros, com fundamento em que o divórcio é pedido perante os tribunais romenos, sem que tenha sido previamente declarada ou decretada

<sup>8</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerando n.º 23.

<sup>9</sup> *Idem*, considerando n.º 26.

<sup>10</sup> *Idem*, considerando n.º 28.

<sup>11</sup> *Idem*, considerandos n.ºs 30 e 31.

<sup>12</sup> Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, publicado no JO L 383, de 23 de dezembro de 2003.

<sup>13</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerandos n.ºs 32 a 34.

<sup>14</sup> *Idem*, considerando n.º 36.

a separação judicial pelos tribunais italianos, ou ainda improcedentes, por estes dois fundamentos conjugados<sup>15</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia considera que esta prática jurisprudencial, ao impedir a análise do mérito dos pedidos de divórcio, prejudica o efeito útil das normas de conflitos uniformes do Regulamento Roma III e colide, em certa medida, com as normas atributivas de competência internacional do Regulamento Bruxelas II *bis*, que conferem, no caso presente, competência internacional aos tribunais romenos para julgar o divórcio<sup>16</sup>, concluindo que:

“[a]ssim, numa situação como a que está em causa no processo principal, em que o tribunal competente considera que a lei estrangeira aplicável por força das disposições do Regulamento n.º 1259/2010 só permite pedir o divórcio se este tiver sido precedido de uma separação judicial com uma duração de três anos, quando a lei do foro não prevê normas processuais em matéria de separação judicial, esse órgão jurisdicional deve, contudo, não podendo ele próprio decretar essa separação, verificar se estão preenchidos os requisitos materiais previstos pela lei estrangeira aplicável e declará-lo no âmbito do processo de divórcio que lhe foi submetido<sup>17</sup>.”

## IV. Análise

### 1. Considerações gerais

9. O acórdão que se comenta é apenas o segundo em que o Tribunal de Justiça da União Europeia interpreta normas do Regulamento Roma III. Assinala-se que no primeiro, o acórdão *Soha Sahyouni contra Raja Mamisch*<sup>18</sup>, o órgão jurisdicional de reenvio também questionou o Tribunal de Justiça da União Europeia sobre como deveria ser interpretado o artigo 10.º do Regulamento Roma III. Em concreto, o órgão jurisdicional de reenvio questionou se o artigo 10.º do Regulamento Roma III estabelecia a não aplicação da lei estrangeira designada aplicável pelas normas de conflito do Regulamento sempre que esta fosse discriminatória em abstracto ou apenas quando a lei estrangeira fosse discriminatória em abstracto e no caso concreto submetido ao tribunal<sup>19</sup>.

Esta questão ficou sem resposta porque o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que o concreto litígio submetido ao órgão jurisdicional de reenvio e que motivou o reenvio prejudicial não se inseria no âmbito de aplicação material do Regulamento Roma III, razão pela qual as normas deste não eram aplicáveis.

10. O artigo 10.º estabelece dois (dos quatro) *novos e distintos* limites à aplicação do Direito material estrangeiro consagrados no Regulamento Roma III. Um aplicável nos casos em que o Direito material estrangeiro “não preveja o divórcio” e o outro nos casos em que consagra o divórcio ou a separação judicial em termos discriminatórios em razão do sexo.

No acórdão *Soha Sahyouni contra Raja Mamisch* a questão prejudicial recaía sobre o limite do acesso discriminatório em razão do sexo. No acórdão que se comenta recai sobre o limite da não previsão do divórcio. Apesar disso, e em face da construção do preceito, a resposta dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão em comentário poderá ser extensível ao outro limite consagrado pelo artigo 10.º do Regulamento.

<sup>15</sup> *Idem*, considerando n.º 39.

<sup>16</sup> *Idem*, considerandos n.ºs 40 e 41.

<sup>17</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerando n.º 43.

<sup>18</sup> Acórdão do TJUE de 20 de dezembro de 2017, *Soha Sahyouni contra Raja Mamisch*, C-372/16, EU:C:2017:988. Este acórdão foi antecedido por um outro processo, no qual o Tribunal de Justiça proferiu despacho em que se declarou manifestamente incompetente para responder às questões prejudiciais colocadas (Despacho do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 12 de maio de 2016, proc. C-281/15, EU:C:2016:343).

<sup>19</sup> Acórdão do TJUE de 20 de dezembro de 2017, *Soha Sahyouni contra Raja Mamisch*, C-372/16, EU:C:2017:988, considerando n.º 25.

## 2. A interpretação do artigo 10.º: o elemento literal, o contexto do preceito e as finalidades prosseguidas pelo Regulamento

11. O Tribunal de Justiça da União Europeia inicia a sua análise assinalando que o artigo 10.º constitui uma exceção às normas de conflitos principal e subsidiária (artigos 5.º e 8.º) do Regulamento Roma III e que, por isso, deve ser objeto de interpretação *estricta*.

Considera-se que, ao referir-se a uma interpretação estrita, o Tribunal de Justiça da União Europeia não sustenta que o preceito deva ser objeto de uma interpretação restritiva, no sentido de que o intérprete (e o órgão jurisdicional de reenvio) deve encurtar o significado das expressões usadas no preceito para as adequar ao seu espírito. Antes nos parece que se pretende garantir uma interpretação *declarativa*, que não amplie ou restrinja o significado das expressões utilizadas no artigo 10.º do Regulamento.

A esta luz, concorda-se com a conclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia de que o sentido literal possível da expressão “não preveja o divórcio” não inclui situações em que a lei designada aplicável consagra o instituto do divórcio, mas fá-lo em condições excecionalmente restritivas ou mais restritivas do que a lei do foro.

Apenas indo além do sentido literal possível se poderia incluir na previsão deste limite à aplicação do Direito material estrangeiro situações em que se exige uma ponderação casuística – que poderia estar na mente do órgão jurisdicional de reenvio, quando formulou a questão em termos de uma consagração do divórcio em condições *excecionalmente* restritivas, procurando equiparar à não previsão situações que, no caso concreto, não poderiam conduzir ao decretamento do divórcio – ou uma comparação entre a lei estrangeira e a lei do foro<sup>20</sup>.

12. A nível contextual, o Tribunal de Justiça da União Europeia releva que a expressão “não preveja o divórcio” é também utilizada num dos *novos* limites à aplicação do Direito material estrangeiro estabelecidos pelo artigo 13.<sup>o21</sup> e que o considerando n.º 26 indica que esta expressão deve ser interpretada no sentido de que a lei *não contempla o instituto do divórcio*.

Assinala – como alguma doutrina já o havia feito<sup>22</sup> – que as indicações fornecidas pelo considerando são igualmente pertinentes para a interpretação do artigo 10.º do Regulamento Roma III.

<sup>20</sup> Recorda-se que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os preceitos que constituem desvios à regra geral não admitem interpretação extensiva. Neste sentido, veja-se, em sede de interpretação do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, publicado no JO L 160, de 30 de junho de 2000, o Acórdão de 15 de outubro de 2015, *Nike European Operations Netherlands*, C-310/14, EU:C:2015:690, considerando n.º 21, e o Acórdão de 8 de junho de 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, considerando n.º 36; e, em sede do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, publicado no JO L 12, de 16 de janeiro de 2001, e do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação), publicado no JO L 351, de 20 de dezembro de 2012, o Acórdão de 4 de outubro de 2018, *Feniks*, C-337/17, EU:C:2018:805, considerando n.º 37, o Acórdão de 14 de julho de 2016, *Granarolo*, C-196/15, EU:C:2016:559, considerando n.º 18, e o Acórdão de 18 de julho de 2013, *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, considerando n.º 31.

<sup>21</sup> Este limite prevê que o órgão aplicador do direito do Estado-Membro participante do foro não está obrigado a decretar o divórcio, nos termos do Direito material designado aplicável por força das normas do Regulamento Roma III, quando o Direito material do foro não preveja o divórcio e ficou conhecido como a cláusula maltesa. Na sua génese está um compromisso político. O Regulamento Roma III viria a ser o primeiro instrumento da União Europeia a ter sido adotado através de uma cooperação reforçada e, como tal, almejava-se uma participação o mais alargada possível.

Malta era, à data das negociações, o único Estado-Membro da União Europeia cujo Direito material desconhecia o instituto do divórcio. Seria natural que não participasse nesta cooperação reforçada. No entanto, negociou o seguinte compromisso, vertido neste limite: Malta participava na cooperação reforçada, mas os órgãos aplicadores do direito malteses em caso algum ficavam obrigados a dissolver um vínculo matrimonial por força das regras do Regulamento Roma III. Porém, em 2011 (ainda antes de as normas do Regulamento serem aplicáveis), Malta introduziu o instituto do divórcio no seu Direito material. Deste modo, o Regulamento Roma III contém uma previsão normativa que é, atualmente, de verificação impossível, não sendo expectável que tal se altere no futuro.

<sup>22</sup> Cf., neste sentido, S. CORNELOUP *et al.*, *Droit européen du divorce European divorce law*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 597–598; e J.G. de ALMEIDA, *O Divórcio em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 438–439.

De facto, entende-se que seria dificilmente compreensível que o legislador da União Europeia utilizasse, no mesmo Regulamento e para tratar questões referentes à mesma matéria (limites à aplicação da lei estrangeira), a mesma expressão conferindo-lhe significados jurídicos diferentes.

**13.** O Regulamento Roma III visa, em síntese, garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a flexibilidade nos processos matrimoniais internacionais e mitigar o *forum shopping* decorrente das múltiplas normas atributivas de competência internacional consagradas no Regulamento Bruxelas II *bis*. Uma análise casuística e comparativa entre a lei aplicável e a lei do foro contrária, no entender do Tribunal de Justiça da União Europeia, estas finalidades, pois diminui a segurança jurídica e a previsibilidade, pode impedir a aplicação da lei com a qual os cônjuges tem uma conexão mais estreita e pode criar um novo incentivo ao *forum shopping*.

No Regulamento Bruxelas II *bis*, em matéria de competência internacional, o *favor divortii* advém, primordialmente, da consagração de múltiplas normas atributivas de competência internacional de aplicação concorrente<sup>23</sup>. Sendo internacionalmente competentes os tribunais de vários Estados-Membros, o cônjuge autor pode intentar a ação nos tribunais de qualquer um desses Estados-Membros. A admissibilidade do *forum shopping* funciona, no caso concreto das ações de divórcio, como favorecimento das decisões que proferem o divórcio porque, em regra, o autor destas ações é o cônjuge que pretende a dissolução do vínculo matrimonial e escolherá de entre as jurisdições internacionalmente competentes aquela que considera ser mais favorável à sua pretensão.

O Regulamento Roma III, ao uniformizar as normas de Direito de conflitos do divórcio e separação judicial, limitou, nos Estados-Membros participantes, a amplitude deste *favor divortii*. Mesmo que sejam internacionalmente competentes os tribunais de vários Estados-Membros participantes, a lei reguladora do divórcio e da separação judicial será a mesma em todos eles, salvo se ao caso for aplicável uma lei estrangeira e se considerar verificado algum dos limites à aplicação do Direito material estrangeiro. Estes limites estão, por definição, numa relação inversa com as finalidades prosseguidas pelo Regulamento. Quanto maior for o campo de aplicação destes limites, menor será a segurança e previsibilidade jurídicas e menor será a mitigação do *forum shopping*.

A coincidência *forum ius* não é um fim em si mesma. Nem sempre as razões que justificam determinada conexão atributiva de competência internacional justificam idêntica conexão para a determinação da lei aplicável. Uma conexão pode ser suficientemente estreita para estabelecer a competência internacional e, ainda assim, não ser suficientemente estreita para determinar o Direito material que vai reger determinada situação. O que, conjugado com a estatuição do artigo 10.º do Regulamento de aplicação da *lex fori*, pode conduzir, em muitos casos, ao afastamento da aplicação de uma lei que tem uma conexão próxima com a situação em favor da lei do foro, que pode não a ter.

**14.** Em conclusão, percorrido o *iter* interpretativo do Tribunal de Justiça da União Europeia, não merece reparos a interpretação de que a expressão “não preveja o divórcio”, presente no artigo 10.º (e no

<sup>23</sup> Comumente designados na doutrina como critérios alternativos. Cf., por exemplo, A. BORRÁS, «Relatório Explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial», JOCE C 221/27, de 16 de julho de 1998, p. 37 ; J. GONZALEZ CAMPOS, «Diversification spécialisation flexibilisation et matérialisation des règles de droit international prive», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2000, n.º 287, p. 364 ; H. SCHACK, «The New International Procedure in Matrimonial Matters in Europe», *European Journal of Law Reform*, 2002, n.º 1, p. 43 ; M.H. BRITO, «O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, I, Coimbra, Almedina, 2005, p. 324 ; B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milão, Giuffrè Editore, 2011, p. 77 ; G. BIAGIONI, «Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo», *Cuadernos de derecho transnacional*, março de 2012, vol. 4, n.º 1, p. 25 ; M.Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El Divorcio Internacional En La Unión Europea (Jurisdicción y Ley Aplicable)*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2013, p. 33 ; R.M.M. RAMOS, «Um Novo Regime do Divórcio Internacional na União Europeia», in *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 191 ; e L. de L. PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Competência internacional*, III, tomo I, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 285. O Tribunal de Justiça da União Europeia utiliza também esta designação. Veja-se, por exemplo, o Acórdão de 16 de julho de 2009, *Hadadi*, proc. C-168/08, EU:C:2009:474, considerando n.º 48.

artigo 13.º) do Regulamento Roma III deve ser interpretada no sentido de que “(...) abrange apenas as situações em que a lei estrangeira aplicável não preveja de forma alguma o divórcio”<sup>24</sup>, isto é, abrange apenas as situações em que o Direito material desconhece (não consagra) o instituto do divórcio.

A pronúncia esclarece que este limite deve ser verificado em *abstracto*, ou seja, o intérprete e os órgãos aplicadores do Direito devem verificar *apenas* se o Direito material designado aplicável nos termos dos artigos 5.º e 8.º do Regulamento Roma III consagra ou não o instituto do divórcio. Considerações sobre o modo como se encontra consagrado, nomeadamente sobre os requisitos estabelecidos para o decretamento do divórcio e o carácter (excepcionalmente) restritivo dos mesmos, ou sobre a existência ou não de laços significativos com a *lex fori*, são *irrelevantes* para a análise deste limite, consagrado no artigo 10.º do Regulamento Roma III<sup>25</sup>. Este ponto é extensível ao outro limite à aplicação do Direito material estrangeiro (discriminação em razão do género no acesso ao divórcio e à separação judicial) consagrado no artigo 10.º do Regulamento Roma III, em virtude do modo como se encontra redigido o preceito.

Tais considerações *não* são vedadas pelo Regulamento Roma III. No entanto, devem efetuar-se na análise da reserva de ordem pública internacional<sup>26</sup>.

### 3. O *obiter dictum* sobre a prática jurisprudencial romena

**15.** Como se referiu *supra* em **8.**, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisa ainda uma prática jurisprudencial romena descrita pelo órgão jurisdicional de reenvio. Com base na ideia de que a mesma prejudica o efeito útil das normas de conflitos uniformes do Regulamento Roma III e colide, em certa medida, com as normas atributivas de competência internacional do Regulamento Bruxelas II *bis*, o Tribunal de Justiça da União Europeia conclui:

“[a]ssim, numa situação como a que está em causa no processo principal, em que o tribunal competente considera que a lei estrangeira aplicável por força das disposições do Regulamento n.º 1259/2010 só permite pedir o divórcio se este tiver sido precedido de uma separação judicial com uma duração de três anos, quando a lei do foro não prevê normas processuais em matéria de separação judicial, esse órgão jurisdicional deve, contudo, não podendo ele próprio decretar essa separação, verificar se estão preenchidos os requisitos materiais previstos pela lei estrangeira aplicável e declará-lo no âmbito do processo de divórcio que lhe foi submetido”<sup>27</sup>.

**16.** Esta conclusão é aquela que nos suscita mais dúvidas e interesse. Antes de nos debruçarmos sobre ela, seguem-se duas notas prévias.

A primeira para retificar o que parece ser um lapso – sem consequências de maior – na análise do Direito material italiano. O órgão jurisdicional de reenvio “(...) considerou que, segundo o direito italiano, uma ação de divórcio apresentada em circunstâncias como as da ação principal só podia ser intentada se tivesse havido separação judicial dos cônjuges previamente declarada ou decretada por um tribunal e se tivessem decorrido, pelo menos, *três anos* entre a data dessa separação e aquela em que a ação de divórcio foi intentada judicialmente”<sup>28</sup>, entendimento aceite pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. A lei de 6 de maio de 2015, n.º 55, alterou a lei de 1 de dezembro de 1970, n.º 898, que disciplina o divórcio, reduzindo o prazo de três anos para doze ou seis meses, consoante a separação judicial tenha sido decretada sem ou com o consentimento do outro cônjuge. Esta lei entrou em vigor no dia 26 de maio de 2015 e, nos termos do seu artigo 3.º, aplica-se a todos os processos de divórcio que estejam

<sup>24</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, parte decisória.

<sup>25</sup> O que já vinha sendo assinalado na doutrina, nomeadamente, S. CORNELOUP *et al.*, *Droit européen du divorce European divorce law*, *op. cit.*, p. 602; e C. KOHLER, «Le choix de la loi applicable au divorce – Interrogations sur le règlement « Rome III » de l’Union européenne –», in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseking, 2011, p. 212; e «L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatsisme», *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2013, n.º 359, p. 427.

<sup>26</sup> Artigo 12.º do Regulamento Roma III.

<sup>27</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerando n.º 43.

<sup>28</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerando n.º 15. Itálicos aditados.

em curso nessa data. Considerando que a ação de divórcio que motivou o reenvio prejudicial foi intentada em 13 de outubro de 2016, o prazo aplicável seria o de 12 ou 6 meses.

A segunda nota prévia para assinalar que este *obiter dictum* releva apenas quando o foro seja o de um Estado-Membro participante cujo Direito não preveja o instituto da separação judicial. Dos 17 Estados-Membros participantes, 9 não prevêem no seu Direito material o instituto da separação judicial<sup>29</sup>.

17. O Tribunal de Justiça da União Europeia parece defender, ao abrigo da necessidade de garantir o efeito útil das normas do Regulamento Roma III, que os tribunais dos Estados-Membros participantes cujo Direito material não prevê o instituto da separação judicial – quando tenham perante eles uma ação transnacional cujo Direito material estrangeiro aplicável estabeleça, como condição para decretar o divórcio, que se tenha previamente decretado a separação judicial dos cônjuges e que essa se mantenha por um determinado período de tempo – devem “verificar se estão preenchidos os requisitos materiais previstos pela lei estrangeira aplicável e declará-lo no âmbito do processo de divórcio que lhe foi submetido”.

Não parece ser inteiramente claro a que se refere o Tribunal de Justiça da União Europeia quando afirma que o tribunal nacional deve “declará-lo no âmbito do processo de divórcio que lhe foi submetido”. Avançam-se três hipóteses: (i) declarar o divórcio; (ii) declarar a separação judicial; ou (iii) declarar que estão preenchidas as condições para ser pedida (e decretada) a separação judicial entre os cônjuges.

A primeira hipótese avançada tem a seu favor apenas a concordância de género, quando se confronta o divórcio com a separação judicial. Esta interpretação deve, no entanto, ser afastada. A definição abstrata da situação no considerando n.º 43 expressamente menciona que o tribunal nacional considera que a lei estrangeira aplicável “só permite pedir o divórcio se este tiver sido precedido de uma separação judicial com uma duração de três anos”. Assim, a interpretação da expressão “declará-lo” como “declarar o divórcio” colidiria direta e frontalmente com este entendimento, o que mereceria sempre uma redação mais explícita até porque, no mesmo considerando, o Tribunal de Justiça da União Europeia avança a hipótese de o tribunal nacional não poder decretar a separação judicial (“não podendo ele próprio decretar essa separação”). Considerando o entendimento do tribunal nacional de que o divórcio, nos termos da lei estrangeira, só pode ser declarado se previamente tiver sido decretada separação judicial e os cônjuges se mantenham separados durante determinado período de tempo, e que é aceite a eventualidade de o tribunal nacional não poder decretar ele próprio essa separação judicial, então é forçoso concluir que a expressão “declará-lo” não pode significar declarar o divórcio.

No confronto entre as restantes duas hipóteses, a menção à eventualidade do tribunal nacional do foro não poder ele próprio decretar a separação judicial é igualmente um elemento de interpretação ponderoso, no sentido de que a expressão “declará-lo” não pode ser interpretada como declarar a separação judicial. A este argumento junta-se o elemento literal da discordância de género e, com maior relevância, a pronominalização do verbo declarar que parece referir-se ao resultado da verificação do preenchimento dos requisitos materiais previstos pela lei estrangeira aplicável em matéria de separação judicial<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> A separação judicial encontra-se prevista no Direito material belga (cf. artigo 311bis do Código Civil belga), espanhol (cf. artigos 81.º e ss. do Código Civil espanhol), francês (cf. artigos 296.º e ss. do Código Civil francês), italiano (cf. artigos 151.º e ss. do Código Civil italiano), luxemburguês (cf. artigos 306.º e ss. do Código Civil luxemburguês), lituano (cf. [https://e-justice.europa.eu/content\\_divorce-45-lt-en.do?member=1#toc\\_4](https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-lt-en.do?member=1#toc_4), consultado pela última vez em 11 de janeiro de 2021), maltês (cf. artigos 35.º e ss. do Código Civil maltês) e português (cf. artigos 1794.º e ss. do Código Civil português).

<sup>30</sup> Apontam neste sentido as versões em língua inglesa (“*Thus, in a situation such as that at issue in the main proceedings, in which the court having jurisdiction considers that the foreign law applicable pursuant to the provisions of Regulation No 1259/2010 permits an application for divorce only if that divorce has been preceded by a legal separation of three years, whereas the law of the forum does not lay down any procedural rules in relation to legal separation, that court must nevertheless, since it cannot itself declare such a separation, determine whether the substantive conditions laid down in the applicable foreign law are satisfied and make that finding in the context of the divorce proceedings before it.*”) e espanhola (“*Así, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que el tribunal competente considera que la ley extranjera aplicable en virtud de las disposiciones del Reglamento n.º 1259/2010 únicamente permite solicitar el divorcio si este ha ido precedido de una separación judicial de una duración de tres años, mientras que la ley del foro no contempla normas de procedimiento en materia de separación judicial, dicho tribunal debe, no obstante, ya que no puede declarar él mismo tal separación, comprobar que se cumplen las condiciones de fondo previstas en la ley extranjera aplicable y hacerlo constar en el marco del procedimiento de divorcio del que conoce.*”).

18. Aqui chegados, questiona-se se, com este *obiter dictum*, o Tribunal de Justiça da União Europeia pretendeu convergir ou divergir da opinião expressa pelo Advogado-Geral neste processo<sup>31</sup>. O Advogado-Geral sustentou, em resumo, que o tribunal nacional era obrigado a pronunciar-se sobre o mérito da ação de divórcio intentada. Para esse efeito, e para evitar que as normas do Regulamento Roma III fossem parcialmente inoperantes, deve o tribunal nacional aplicar “os requisitos materiais previstos pela lei aplicável e afast[ar] a aplicação de eventuais requisitos processuais previstos por essa lei, quando a lei processual do foro não preveja o preenchimento destes requisitos. Assim, se, num determinado caso, estiverem preenchidos os requisitos materiais que permitem que seja decretada a separação judicial, o tribunal do foro pode sanar a circunstância de não poder decretar ele próprio a separação judicial, prescindindo desse requisito processual da lei estrangeira”<sup>32</sup>. Conclui, assim, que o tribunal nacional deve “(...) confirmar, na decisão a proferir no processo de divórcio, que o requisito da separação legal estava preenchido. A fim de obter a prova do cumprimento deste requisito, o tribunal ao qual o litígio foi submetido deve, na medida do necessário, adaptar a lei processual do foro”<sup>33</sup>. Assim, o Advogado-Geral aderiu à argumentação do Governo Alemão e à solução avançada pela Comissão Europeia para o caso subjacente a este pedido de reenvio prejudicial<sup>34</sup>.

Tendo presente as conclusões do Advogado-Geral, é defensável o entendimento de que o *obiter dictum* constitui uma síntese (imperfeita) da posição sustentada pelo Advogado-Geral e indicação de que o Tribunal de Justiça da União Europeia a ela aderiu.

19. Quer o *obiter dictum* quer a posição do Advogado-Geral parecem encontrar justificação na prática jurisprudencial romena conduzir (a maioria da vezes)<sup>35</sup> a uma decisão judicial que não se pronuncia sobre o mérito. Sem pretender discutir a prática jurisprudencial romena, sempre se dirá que a verificação de que não se encontra preenchido o requisito (existência de decisão judicial prévia, transitada em julgado, de separação judicial dos cônjuges) de que depende o pedido de divórcio do autor, deve conduzir a uma decisão de improcedência do pedido<sup>36</sup>.

No litígio concreto que motivou o reenvio prejudicial, foi pedido o divórcio, mas não foi “(...) demonstrada a existência de uma decisão judicial que declarasse ou decretasse essa separação (...)”<sup>37</sup>, isto é, nenhum dos cônjuges provou que tinha sido proferida decisão de separação judicial. Deste modo, e ao abrigo da lei italiana, designada aplicável ao abrigo do artigo 8.º do Regulamento Roma III, o tribunal deveria proferir uma decisão de improcedência do pedido, por não se ter provado a causa de pedir.

Esta seria, pensa-se, a decisão a que chegariam os tribunais italianos ou os tribunais de Estados-Membros participantes cujo Direito material prevê o instituto da separação judicial<sup>38</sup>, caso a ação tivesse (ou, no caso destes últimos, pudesse ter) aí sido intentada, nos mesmos termos. Atente-se que o cônjuge autor não pede a separação judicial, pede o divórcio. E, de acordo com o Direito material aplicável ao caso, o divórcio só pode ser decretado se previamente tivesse sido decretada a separação judicial dos cônjuges, por decisão transitada em julgado. O cônjuge autor parece reconhecer (implicitamente) isso mesmo, pois a sua posição assenta *não* numa incorreta interpretação ou aplicação do Direito mate-

<sup>31</sup> Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev, apresentadas em 26 de março de 2020, C-249/19, ECLI:EU:C:2020:231, considerando n.ºs 59 e ss.

<sup>32</sup> *Idem*, considerando n.º 65.

<sup>33</sup> *Idem*, considerando n.º 70, quarto parágrafo.

<sup>34</sup> Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev, apresentadas em 26 de março de 2020, C-249/19, ECLI:EU:C:2020:231, considerando n.ºs 63, 65 e 66.

<sup>35</sup> Dizemos a maioria das vezes, porque resulta do acórdão (considerando n.º 39) e das conclusões do Advogado-Geral (considerando n.º 23) que por vezes eram proferidas decisões de improcedência do pedido.

<sup>36</sup> Admitindo que a aplicação da lei estrangeira designada aplicável não conduz, no caso concreto, a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do foro (artigo 12.º do Regulamento Roma III).

<sup>37</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerando n.º 16.

<sup>38</sup> Desde que não considerassem que a aplicação do Direito material italiano conduzisse, no caso concreto, a um resultado manifestamente incompatível com a sua ordem pública internacional, caso em que, nos termos do artigo 12.º do Regulamento Roma III, o Direito material italiano seria afastado.

rial italiano, *mas sim* na ideia de que o Direito material italiano deveria ser afastado em favor do Direito material romeno, por força dos artigos 10.º e 12.º do Regulamento Roma III<sup>39</sup>.

Como tal, entende-se que, sendo possível uma decisão sobre o mérito, cai por terra a solução da Comissão Europeia, a que aderiu o Advogado-Geral e também (aparentemente) o Tribunal de Justiça da União Europeia. Ainda assim, analisam-se de seguida mais detalhadamente os argumentos esgrimidos pelo Advogado-Geral.

## 20. Sustenta o Advogado-Geral que:

“Concordo com Governo alemão no sentido de que os Estados-Membros que participam na cooperação reforçada criada pelo Regulamento n.º 1259/2010 devem garantir que tanto o divórcio como a separação judicial possam ser decididos pelos seus tribunais. Por conseguinte, em vez de considerar que a separação judicial deve ser previamente decidida ou decretada perante os tribunais italianos, os tribunais romenos devem, na minha opinião, seguir eles próprios esse processo e aplicar, por analogia, as regras processuais nacionais relativas ao divórcio ou até adaptar as regras processuais estrangeiras (italianas) relativas à separação judicial (em conjugação com as regras nacionais romenas). Caso contrário, as disposições do Regulamento n.º 1259/2010 seriam parcialmente inoperantes”<sup>40</sup>.

O argumento de que todos os Estados-Membros participantes no Regulamento Roma III devem garantir que os seus tribunais podem decidir processos judiciais de divórcio ou de separação judicial, no caso concreto, não parece procedente pelo simples facto de que não foi pedido aos tribunais romenos que decretassem a separação judicial dos cônjuges. Se o cônjuge autor tivesse pedido a separação judicial e os tribunais romenos tivessem proferido decisão de extinção da instância, com o argumento de que não existem normas processuais romenas que regulem o processo de separação judicial, havia que ponderar o argumento e o risco de as normas do Regulamento Roma III serem parcialmente inoperantes. Porém, o cônjuge autor *não* pediu a separação judicial, pediu o divórcio. E, no caso concreto e de acordo com a lei italiana, para este ser decretado era necessário que previamente tivesse sido decretada a separação judicial, por decisão judicial transitada em julgado.

O entendimento de que os tribunais romenos deveriam “(...) seguir eles próprios esse processo e aplicar, por analogia, as regras processuais nacionais relativas ao divórcio ou até adaptar as regras processuais estrangeiras (italianas) relativas à separação judicial (em conjugação com as regras nacionais romenas)” sem que no processo tivesse sido pedida a separação judicial suscita, no mínimo, dúvidas e reservas, pois muitos do Estados-Membros participantes consagram, nesta matéria, o princípio do dispositivo<sup>41</sup> e o Direito material designado aplicável exige uma duração mínima da separação judicial, que não estaria preenchida se os tribunais romenos decretassem a separação judicial no mesmo processo em que é pedido (e eventualmente decretado) o divórcio.

**21.** De acordo com a solução secundada pelo Advogado-Geral haveria que aplicar os requisitos materiais e afastar os requisitos processuais previstos pela lei estrangeira designada aplicável, no caso concreto a lei italiana.

A lei italiana prevê, no que ao caso concreto interessa, que o divórcio pode ser decretado se: (i) existir prévia decisão judicial transitada em julgado que decreta a separação judicial dos cônjuges; e (ii) a separação judicial dure há, pelo menos, 6 ou 12 meses, consoante tenha sido ou não proferida com mútuo consentimento<sup>42</sup>. O segundo requisito está formulado tomando por referência momentos processuais, nomeadamente a data da instauração da ação de divórcio, mas crê-se que daí não pode

<sup>39</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, considerando n.ºs 17 a 19.

<sup>40</sup> Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev, apresentadas em 26 de março de 2020, C-249/19, ECLI:EU:C:2020:231, considerando n.º 63.

<sup>41</sup> A compatibilidade do princípio (de Direito nacional) do dispositivo com o princípio (de Direito da União Europeia) da efetividade foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão de 14 de dezembro de 1995, *Van Schijndel e van Veen*, C-430/93, EU:C:1995:441, considerando n.º 20 a 22.

<sup>42</sup> Artigo 3.º, n.º 2, alínea b) da Lei de 1 de dezembro de 1970, n.º 898, na redação atualmente vigente.

imediatamente concluir-se que se trata de um requisito processual. A ideia subjacente a este período de 6 ou 12 meses é, pensa-se, a de garantir um período de reflexão para os cônjuges, assegurando-se assim uma intenção firme de pôr fim ao matrimónio. Algo de semelhante ocorre, por exemplo, em Espanha. De acordo com o Direito material espanhol, o divórcio é concedido desde que um dos cônjuges o requeira, sem necessidade de indicação de causa e desde que entre a apresentação do pedido de divórcio e a celebração do casamento tenham decorrido pelo menos três meses<sup>43</sup>.

De acordo com o Advogado-Geral seria a exigência de uma decisão judicial prévia, transitada em julgado, de separação judicial dos cônjuges que constituiria um requisito processual que deveria ser afastado, quando o tribunal nacional do foro não pudesse ele próprio decretar a separação judicial<sup>44</sup>. Caberia assim ao tribunal nacional do foro determinar se, no caso concreto, existiriam factos que tornem intolerável a continuação da coabitação dos cônjuges ou causem graves prejuízos à educação dos filhos<sup>45</sup>. Caso a resposta fosse positiva, *i.e.*, caso se entendesse que estavam preenchidas as condições materiais previstas pela lei italiana para decretar a separação judicial, o tribunal do foro deveria prescindir de exigir uma decisão prévia de separação judicial, subentendendo-se que deveria considerar preenchido esse requisito para decretar o divórcio.

Discorda-se deste entendimento. Desde logo porque para esta solução ser efetiva, ela obriga a reconfigurar também o segundo requisito (duração da separação judicial por um determinado período de tempo), que nos parece ser inequivocamente um requisito material. Mesmo que se aceite a solução de que o tribunal nacional do foro deve prescindir da existência de uma decisão judicial prévia, transitada em julgado, de separação judicial dos cônjuges, em favor da verificação de que, no caso concreto, estavam reunidas as condições para o proferimento dessa decisão, “sanando-se” assim a sua falta, sempre se deveria concluir que, sendo essa verificação efetuada no processo de divórcio, não havia decorrido o tempo mínimo exigido pela lei italiana. Apenas a reconfiguração desta exigência – passando esta, por exemplo, a referir-se há quanto tempo se encontravam preenchidas as condições para um dos cônjuges obter uma decisão de separação judicial – parece permitir ultrapassar este obstáculo. Com esta reconfiguração perde-se, porém, o período de reflexão imposto aos cônjuges, que parece ser a *ratio* do requisito.

**22.** O Advogado-Geral entende que esta solução “(...) não encoraja indevidamente o *forum shopping*”<sup>46</sup>, uma vez que o autor da ação não se poderia furtar ao cumprimento dos requisitos materiais da lei designada aplicável pelo Regulamento Roma III. Este entendimento não parece correto, até porque, como se referiu no parágrafo precedente, a solução, para ser efetiva, obriga a uma reconfiguração do requisito (material) do tempo mínimo de duração que impossibilita a prossecução daquela que parece ser a sua *ratio*. Entende-se também que há uma promoção *indevida*, no sentido de não querida pelo Regulamento Roma III, do *forum shopping*. Dos elementos factuais do litígio descritos quer no Acórdão quer nas Conclusões do Advogado-Geral resulta que o cônjuge autor podia ter intentando a ação de divórcio junto dos tribunais romenos (como o fez) ou dos tribunais italianos. A justificação para a propositura da ação junto dos tribunais romenos (tribunais do Estado da nacionalidade comum dos cônjuges), ao invés de junto dos tribunais italianos (tribunais do Estado da residência habitual comum dos cônjuges) parece ter sido a vontade de o cônjuge autor obter uma decisão de divórcio sem previamente ter sido declarada judicialmente a separação dos cônjuges. Este objetivo – que o cônjuge autor visava obter mediante o afastamento da lei material estrangeira e aplicação da *lex fori* – é alcançado mediante a (profunda) reconfiguração dos requisitos previstos pela lei italiana para a concessão do divórcio. O Regulamento Roma III visou limitar o *forum shopping* admitido pelo Regulamento Bruxelas II *bis*, através da uniformização das regras de conflitos aplicáveis ao divórcio e separação judicial em todos os Estados-Membros participantes. Uma aplicação *substancialmente* diferente da lei designada aplicável ao divórcio,

<sup>43</sup> Cf. Lei 15/2005, de 8 de julho. Em certos casos excepcionais, o divórcio pode ser pedido e decretado sem que este prazo tenha decorrido.

<sup>44</sup> Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev, apresentadas em 26 de março de 2020, C-249/19, ECLI:EU:C:2020:231, considerando n.º 65.

<sup>45</sup> Cf. artigo 151.º do Código Civil italiano.

<sup>46</sup> Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev, apresentadas em 26 de março de 2020, C-249/19, ECLI:EU:C:2020:231, considerando n.º 66.

com a possibilidade e o intuito de se obter um resultado *substancialmente* diferente (decisão que decreta o divórcio sem decisão judicial prévia de separação judicial e sem o decurso de tempo mínimo de duração dessa separação), conduz, necessariamente, a um reavivar do *forum shopping*.

**23.** O Advogado-Geral invoca, em favor da solução, os princípios (de Direito da União Europeia) da equivalência e da efetividade. Em nossa opinião, estes dois princípios não impõem a solução proposta. O direito concedido pelo Direito da União Europeia que pode estar aqui em causa é o de intentar a ação de divórcio junto dos tribunais romenos, nos termos do artigo 3.º do Regulamento Bruxelas II *bis*. Salienta-se que a norma confere apenas o direito a intentar a ação e não o direito a obter uma decisão que decreta o divórcio. Estes princípios impõem, quando muito, uma decisão sobre o mérito da causa. O que, como se viu *supra* em **19.**, é perfeitamente possível no caso concreto, e conduz a uma decisão de improcedência.

A isto acresce que, no caso concreto, não se coloca qualquer questão de (eventual) denegação de justiça. O cônjuge autor podia intentar qualquer ação matrimonial (divórcio, separação judicial e anulação do matrimónio) junto dos tribunais romenos ou italianos. Intentada a ação de divórcio sem previamente obter uma decisão de separação judicial junto dos tribunais romenos, e julgada a mesma improcedente, não ficam os cônjuges impossibilitados de obter uma decisão de divórcio<sup>47</sup>. O cônjuge autor pode sempre conseguir a dissolução do vínculo matrimonial, intentando previamente a ação de separação judicial junto dos tribunais italianos e, decorrido o prazo estabelecido na lei italiana, intentando ação de divórcio junto dos tribunais romenos ou italianos.

**24.** Por fim, o Advogado-Geral sustenta, em benefício da solução proposta, o lugar paralelo da norma sobre adaptação dos direitos reais, prevista nos Regulamentos sobre sucessões, sobre regimes matrimoniais e sobre efeitos patrimoniais das parcerias registadas, bem como a norma que consagra regras especiais sobre a nomeação e os poderes dos administradores de heranças em determinadas situações do Regulamento sobre sucessões, assinalando que, embora o Regulamento Roma III não contenha norma expressa a qual se possa reconduzir a solução proposta, o mesmo também não a proíbe expressamente.

Contesta-se que as normas sobre adaptação dos direitos constituam um lugar paralelo. O que essas normas estabelecem é a substituição (ou transposição) de um direito material previsto na lei X (no caso, a italiana) para o equivalente mais próximo consagrado na lei do foro (no caso, a romena). Facilmente se conclui que a solução proposta não se contém nesta delimitação. A lei romena, como prevê apenas o divórcio, desconhece a separação judicial e não consagra um qualquer outro direito material que seja um equivalente próximo da separação judicial.

O paralelismo com as regras especiais sobre a nomeação e os poderes dos administradores de heranças em determinadas situações, consagradas no Regulamento sobre sucessões, fica, em certa medida, prejudicado, porque nesse caso é a lei do foro que estabelece determinada exigência, não prevista pela lei reguladora da sucessão. Também aqui a situação é bastante distinta da solução proposta, uma vez que o preceito autoriza os tribunais a aplicar determinadas regras da *lex fori*, apesar da *lex successionis* ser uma lei estrangeira.

---

<sup>47</sup> Como pode suceder nos casos em que um ou ambos os cônjuges pretendam dissolver um casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Regulamento Bruxelas II *bis* atribua competência internacional apenas a tribunais de Estado(s)-Membro(s) participante(s) cujo Direito material não considere esses casamentos válidos. O artigo 13.º do Regulamento Roma III concede ao tribunal nacional uma faculdade de *opt-out*. Mesmo que, segundo o Direito material aplicável, existisse o direito ao divórcio e estivessem reunidas todas as condições necessárias para o mesmo ser proferido, o tribunal nacional pode, caso entenda, não proferir o divórcio com fundamento na invalidade do casamento segundo o Direito material do foro. Esta faculdade acarreta um risco: a verificação de situações transnacionais em que não é possível obter uma decisão que conceda o divórcio. Este risco constitui uma deficiente articulação dos Regulamentos Roma III e Bruxelas II *bis* e justifica, por si só, a alteração das normas atributivas de competência internacional em matéria matrimonial. Infelizmente, perdeu-se uma oportunidade, pois o Regulamento (UE) 2019/1111, do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (reformulação), publicado no JO L 178, de 2 de julho de 2019, doravante Regulamento Bruxelas II *ter*, que substituirá o Regulamento Bruxelas II *bis* a partir de 1 de agosto de 2022, manteve incólume esta deficiente articulação entre instrumentos da União Europeia.

## V. Conclusões

25. O Acórdão *JE contra KF* é apenas o segundo em que o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronuncia sobre as normas do Regulamento Roma III. Questionado sobre o modo como deve ser interpretado o artigo 10.º do Regulamento, na parte em que consagra – como novo limite à aplicação do Direito material estrangeiro – a inaplicabilidade da lei designada quando esta “não preveja o divórcio”, o Tribunal de Justiça da União Europeia interpreta este limite no sentido de que “abrange apenas as situações em que a lei estrangeira aplicável não preveja de forma alguma o divórcio”<sup>48</sup>. Justifica esta interpretação com a interpretação estrita da letra do preceito, o contexto da disposição – assinalando que as considerações efetuadas no considerando n.º 26 do Regulamento sobre a expressão “não preveja o divórcio”, embora efetuadas no âmbito do artigo 13.º, são extensíveis ao artigo 10.º – e as finalidades prosseguidas pelo Regulamento Roma III.

Assim, este limite deve ser verificado em *abstrato*, ou seja, o intérprete e os órgãos aplicadores do Direito devem verificar *apenas* se o Direito material designado aplicável nos termos dos artigos 5.º e 8.º do Regulamento Roma III consagra ou não o instituto do divórcio. Entende-se que este ponto da decisão é extensível ao outro limite à aplicação do Direito material estrangeiro (discriminação em razão do género no acesso ao divórcio e à separação judicial) consagrado no artigo 10.º do Regulamento Roma III, em virtude do modo como se encontra redigido o preceito.

26. Em *obiter dictum* o Tribunal de Justiça da União Europeia adere aparentemente a uma proposta de solução avançada pela Comissão Europeia e sufragada pelo Advogado-Geral. Esta proposta parece ter sido motivada pela preocupação de evitar situações de denegação de justiça (que no caso concreto não existem) e norteadas por um *favor divortii* que parece não tomar em consideração as finalidades prosseguidas pelo Regulamento Roma III e a limitação que este opera sobre o *favor divorti* do Regulamento Bruxelas II *bis*. Crê-se, por isso, que nem a prática jurisprudencial romena, nem a proposta de solução constituirão o melhor entendimento. Parece-nos viável e mais correto que os tribunais nacionais romenos, em casos como os do Acórdão, se pronunciem sobre o mérito, proferindo uma decisão de improcedência do divórcio com fundamento no não preenchimento das condições previstas pela lei designada aplicável nos termos do Regulamento Roma III (admitindo que o resultado da aplicação desta lei não justifica, no caso concreto, o seu afastamento, por força da reserva de ordem pública internacional). A proposta de solução não nos parece necessária, uma vez que, em casos como os do Acórdão, não se verifica uma situação de impossibilidade de obter o divórcio e, ao implicar uma reconfiguração profunda das condições previstas pela lei italiana para decretar o divórcio, colide com as finalidades prosseguidas pelo Regulamento, nomeadamente reavivando situações de *forum shopping* que este visou limitar.

<sup>48</sup> Acórdão do TJUE de 16 de julho de 2020, *JE contra KF*, C-249/19, EU:C:2020:570, parte decisória.

# LA INCIDENCIA DE LA FALTA DE APORTACIÓN DOCUMENTAL EN LA CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD POR RESIDENCIA: EL CASO MESSAOUD

## THE INCIDENCE OF THE LACK OF DOCUMENTARY CONTRIBUTION IN THE CONCESSION OF NATIONALITY BY RESIDENCE: THE MESSAOUD CASE

ESTHER GÓMEZ CAMPELO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Burgos*

Recibido: 12.11.2020 / Aceptado: 27.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5998>

**Resumen:** Se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo que reconoce el derecho a la nacionalidad española por residencia, tras la valoración positiva de la buena conducta cívica pese a carecer de la documentación requerida para su acreditación. Es la ponderación global de las diversas circunstancias personales que concurren la que ha de hacer concebir a la autoridad competente una convicción fundada acerca del requisito y no una rígida apreciación de las exigencias reglamentarias sobre la documentación a presentar. También se analiza la interrelación entre la buena conducta cívica y la carencia de antecedentes penales y/o policiales.

**Palabras clave:** nacionalidad, documentación, buena conducta cívica, certificado de antecedentes penales.

**Abstract:** The judgment of the Supreme Court that recognizes the right to Spanish nationality by residence is analyzed, after the positive assessment of good civic conduct despite lacking the documentation required for its accreditation. It is the global weighting of the various personal circumstances that concur that must make the competent authority conceive a well-founded conviction about the requirement and not a rigid assessment of the regulatory requirements on the documentation to be presented. The interrelation between good civic conduct and the lack of criminal and/or police records is also analyzed.

**Keywords:** nationality, documentation, good civic conduct, criminal record certificate

**Sumario:** I. Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de 9 de julio de 2020. II. Análisis de la Sentencia. 1. Exigencia de requisitos documentales. A) Breve alusión al marco regulador. B) La dificultad en la obtención de documentación. 2. La concreción de la buena conducta cívica y su acreditación. 3. El papel de los antecedentes penales y policiales. III. Conclusiones.

### **I. Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de 9 de julio de 2020**

1. El 7 junio de 1998 un helicóptero de las FFAA argelinas aterrizó en una playa ibicenca. El desembarco del teniente del ejército argelino A. Messaoud y su prevista desertión aprovechando unas

maniobras militares en su Base Aérea, fue objeto de atención por los medios locales y nacionales. Ahora, 22 años después, sigue siendo noticia<sup>1</sup>.

La solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia chocó con dos Resoluciones desestimatorias de la DGRN en las que se aludía a la falta de documentación exigida para poder tramitar el expediente, en concreto, el certificado de nacimiento y de antecedentes penales de su país de origen con la preceptiva legalización, así como el pasaporte acreditativo de su nacionalidad. Contra dichas Resoluciones, se formuló por el recurrente recurso contencioso-administrativo 855/2017, tramitado por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, el 27 de junio de 2019, dictó sentencia también desestimatoria, abundando en los argumentos mencionados.

2. El núcleo de la cuestión consiste en establecer si puede justificarse una denegación de concesión de la nacionalidad española por el hecho de que el solicitante no haya aportado algunos de los documentos que se le requieren, y si tal documentación es imprescindible para justificar las condiciones que nuestra normativa exige. El estudio de la resolución del TS<sup>2</sup> nos permitirá profundizar en el razonamiento casacional, en sus antecedentes y en la doctrina que, de forma persistente parece estar consolidando.

## II. Análisis de la Sentencia

### 1. Exigencia de requisitos documentales

#### A) Breve alusión al marco regulador

3. Las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por parte de extranjeros con residencia en nuestro país han experimentado un enorme crecimiento en los últimos años; ello ha motivado que la DGRN haya querido no sólo agilizar los procedimientos, sino dotarles de mayor seguridad para los interesados y una mayor eficacia en la gestión. En tal sentido se manifestó la Instrucción de 26 de julio de 2007 de la DGRN, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia<sup>3</sup>. Y, además, dictó unas directrices en uso de las facultades que le atribuyen los arts. 9 de la LRC y 41 del RRC que, para lo que ahora nos interesa, se aluden en la *Primera. Ordenación y foliación del expediente*<sup>4</sup>.

Un lustro después, la Instrucción de 2 de octubre de 2012, de la DGRN, sobre determinados aspectos del Plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia<sup>5</sup>, abunda en la necesidad de examinar con rigor la documentación que ha de aportar el interesado, que “comprenderá el de la suficiencia y validez de los documentos para el fin pretendido”. Para concretar aún más esta exigencia documental, la Instrucción remite a su Anexo I, donde se apunta que el “*expediente de nacionalidad por residencia, en su fase registral, se compondrá exclusivamente de los documentos que se especifican*” y que, respecto a nuestro estudio serían la certificación de nacimiento del interesado, debidamente traducida y legalizada y el certificado de antecedentes penales o consular de conducta de su país de origen, traducido y legalizado, de acuerdo con los Convenios internacionales existentes<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> La historia de aquel aterrizaje y lo que vino después se ha narrado por M. VEGA ALOCÉN en el libro *La huida del teniente Alili Massaoud*, Edit. Círculo Rojo, 2015.

<sup>2</sup> STS de 9 de julio 2020. ECLI:ES:TS: 2020:2241.

<sup>3</sup> BOE núm. 189 de 8 de agosto de 2007.

<sup>4</sup> *El expediente de nacionalidad por residencia, en su fase registral, se conformará con los documentos o, en su caso, copia cotejada de los mismos, que se indican a continuación (...)*

- Certificado de nacimiento del interesado.

- Certificado expedido de antecedentes penales del país de origen, o consular de buena conducta.

- Otros documentos que quiera aportar el interesado, o, que sean requeridos por el Encargado del Registro Civil y que guarden relación con el objeto del expediente.

<sup>5</sup> BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2012.

<sup>6</sup> Web del Ministerio de Justicia <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/tramites-gestiones-personales/nacionalidad-residencia>; (Fecha de consulta, 4 de noviembre de 2020).

4. Así pues, teniendo presentes ambas Instrucciones de la DGRN, y sin olvidar la normativa aplicable al supuesto -los arts. 22,4 CC y 220<sup>7</sup> y 221 RRC-, es importante precisar qué trascendencia real tiene sobre la solicitud la ausencia de documentos y si, en tal caso, sería posible mantener la tramitación del expediente. Sobre este particular ya se han pronunciado diferentes resoluciones de nuestros Tribunales que seguidamente pasaremos a referir y que no obstante su profusión, no mantienen un criterio uniforme.

## B) La dificultad en la obtención de documentación

5. Las resoluciones administrativas que denegaron a Messaoud la concesión de nacionalidad ante la falta de aportación de algunos documentos, no tuvieron en cuenta las dificultades del solicitante para su obtención ni la posibilidad de analizar otros elementos en presencia para llegar a una conclusión que le favoreciera en su pretensión<sup>8</sup>.

La SAN<sup>9</sup> no dudó en admitir tales dificultades en recabar la documentación exigida en su país de origen, Argelia, debido a la situación personal del solicitante (deserción de las FFAA de su país); pero justificó sus argumentos no sólo por el carácter insoslayable de los documentos a presentar, sino en que aquel ni siquiera argumentó tales impedimentos personales en su obtención, lo que hubiera activado la colaboración de la Administración, promoviendo la solicitud de los medios de prueba.

6. La ausencia de cumplimiento de los requisitos formales según las Instrucciones de la DGRN antes referidas, que indican expresa y detalladamente los documentos que el sujeto debe aportar en su solicitud<sup>10</sup>, supusieron la denegación por Resolución del Director General de los Registros y del Notariado (17 de mayo de 2013) y de la desestimación del recurso de reposición presentado ante el mismo órgano (16 de febrero de 2015), así como la citada sentencia de la Audiencia Nacional (27 de junio de 2019) en resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el solicitante.

7. En todos los casos fue la falta de documentación el elemento clave para las resoluciones denegatorias, ofreciendo un tratamiento formalista estricto y una interpretación rigorista del art. 22 CC y los arts. del RRC, planteamientos que, como veremos, fueron puestos en cuestión por nuestro Tribunal Supremo mucho antes de la resolución que ahora se analiza<sup>11</sup>, valorando que en el conjunto del expediente existen datos suficientes que permiten a la autoridad competente verificar la ausencia de antecedentes penales, y que el certificado de nacimiento legalizado -que tampoco fue presentado, aun cuando constaba tal fecha en su inscripción y sucesivas renovaciones en el Registro de Extranjeros- puede ser “sustituido” por la documentación que obra en el expediente por el que al solicitante se le concedió y prorrogó la autorización de residencia en España, a tenor de su completa identificación por parte de la administración española.

<sup>7</sup> Art. 220 RRC:

*En la solicitud de (...) concesión de la nacionalidad por residencia, se indicará especialmente:*

*1.º Menciones de identidad, lugar y fecha de nacimiento del solicitante (...)*

*3.º Si está procesado o tiene antecedentes penales. Si ha cumplido servicio militar o prestación equivalente, exigidos por las leyes de su país, o situación al respecto (...).*

<sup>8</sup> M. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Inmigrantes e hijos de inmigrantes nacidos en España: vías de acceso a la nacionalidad española”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 90, 2010, p. 109.

<sup>9</sup> ECLI:ES:AN: 2019:2684.

<sup>10</sup> El art. 7 de la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia (BOE núm. 246, 11 octubre 2016) detalla cómo debe ser la instrucción del procedimiento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

<sup>11</sup> La STS (Sec. 6ª) de 30 de septiembre 2008, indica que la aportación del certificado de antecedentes penales del país de origen no es un requisito insoslayable. La Administración española puede prescindir de él cuando conste la existencia de dificultades notables -no imputables a desidia del interesado-, para la obtención de dicho certificado.

## 2. La concreción de la buena conducta cívica y su acreditación

8. Cuando el art. 22,4 CC hace constar que “*el interesado deberá justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil buena conducta cívica...*” está poniendo de relieve que, junto a los requisitos formales o documentales existen otros, sustanciales o materiales (de carácter positivo ambos, buena conducta cívica e integración en la sociedad española)<sup>12</sup>. Sin duda ha sido la Jurisprudencia la que ha ido precisando y adaptando los límites del concepto que nos ocupa hasta fijar las bases sobre las que hoy se asienta.

9. No basta, pues, con la residencia en España (legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud) sino un grado aceptable de adaptación “*a la cultura y estilo de vida españoles*”<sup>13</sup>, esto es, la armonización del régimen de vida del solicitante a los principios y valores demostrando suficiente grado de integración en la sociedad española y, además, un comportamiento acreditado a través de una conducta cívica irreprochable en el marco de nuestro ordenamiento. El tránsito de la mera residencia en España a la obtención de la nacionalidad exige una actitud en el solicitante adaptada a la que se requiere a los ciudadanos españoles<sup>14</sup>.

10. La doctrina de los tribunales parece tener tres formas de encarar este requisito:

1. Exigir la falta de antecedentes penales y/o policiales, así como una buena conducta ciudadana, de forma acumulada.
2. Entender que la ausencia de antecedentes no garantiza, *per se*, el cumplimiento del requisito si el civismo del solicitante se ha comprobado inexistente o dudoso.
3. Valorar que incluso con antecedentes, la buena conducta cívica por sí misma puede ser suficiente. De la misma forma, no cabría denegar la nacionalidad -pues ello no prueba una mala conducta- por la única circunstancia de que se presenten informes policiales negativos.

11. El fundamento de nuestra Sentencia basa sus argumentaciones en el estudio -en absoluto novedoso- del concepto indeterminado de la “buena conducta cívica”, su perfil y contenidos, así como de aquellos aspectos que le son colaterales y, en tal sentido, accesorios o incluso irrelevantes.

<sup>12</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, “Adquisición de la nacionalidad por residencia. Análisis jurisprudencial del art. 22,4 del Código Civil: la buena conducta cívica y el suficiente grado de integración”, en *Revista Galega de Administración Pública* nº 32, 2002.

H. AL RACHED, “Adquisición de la nacionalidad española y matrimonio poligámico: aspectos críticos y prácticos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), Vol. 12, nº 2, p. 849.

M. BLANCO TORIBIO, “La importancia del requisito de la buena conducta cívica en la adquisición de la nacionalidad española”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 15, 1-I-2003.

<sup>13</sup> SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, 8/2018, de 4 de enero 2018. ECLI: ES:AN: 2018:8.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adquisición de la nacionalidad española por residencia en España art.22”, en M. Pasquau Liaño., *Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil*, Comares, Granada, Tomo I, 2000.

M. GUZMÁN PECES, “La integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Algunas reflexiones en torno a la apreciación de las cuestiones religiosas por parte de los tribunales”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX (2014).

<sup>14</sup> Como recuerda la STS de 22 de noviembre 2001 (Rec. casación núm. 7947/1997) y apuntala la STS de 28 septiembre 2005 (Sec. 6ª), Rec. 4919/2001 (Fundamento Jurídico 3º): “ (...) *al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos, es dable exigir al sujeto solicitante, a consecuencia del “plus” que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los “actos favorables al administrado”, un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española. “No está de más recordar también que la diferencia de naturaleza entre la llamada “concesión de la nacionalidad” y la “concesión de servicio público” está claramente establecida en la doctrina administrativa desde hace años, la cual distingue la concesión de servicio público stricto sensu de las concesiones de status, entre ellas la concesión de la ciudadanía, advirtiendo que la palabra “concesión” se utiliza en estos otros casos en un sentido puramente lexicológico, como sinónima de otorgar, conferir o donar*”. En idéntico sentido, la STS de 15 de diciembre 2004, Rec. 1876/2001.

Mª E. COBAS COBIELLA, “Una mirada a los requisitos e la obtención de la nacionalidad española por residencia”, en *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 17, 2014.

**12.** La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la seguridad jurídica ante la falta de concreción “ex lege” exige abordar casuísticamente las solicitudes bajo el principio, entre otros, de igualdad ante la ley<sup>15</sup>. Tampoco parece admisible la simple comprobación mecánica de los requisitos aportados, puesto que la capacidad decisoria que se le concede a la Administración en este ámbito ha de vincularse, como tendremos ocasión de apreciar, a la justa solución del caso y la ponderación de los diferentes elementos en presencia<sup>16</sup>.

Con todo, parece evidente pensar que, ante un concepto jurídico no legislado, que se mantuvo sin alterar en la Ley 36/2002, de modificación del CC en materia de nacionalidad<sup>17</sup>, la autoridad competente ha de buscar elementos objetivos en los que apoyar sus argumentaciones, favorables o contrarias a la concesión de la nacionalidad. Y, ciertamente, una forma de valorar la buena conducta cívica ha sido -como veremos- el recurso al certificado de ausencia de antecedentes penales.

**13.** La adecuada valoración de la conducta es ajena al solicitante de la nacionalidad, pues depende del tribunal que conozca el verificar las pruebas aportadas y apreciar las circunstancias que concurran en el caso concreto.

**14.** Respecto a quién ha de acreditar buena conducta cívica más allá de la prueba documental, el art. 221 RRC exige al peticionario probar, entre otros extremos, su identidad, lugar y fecha de nacimiento, así como si está procesado o tiene antecedentes penales<sup>18</sup>. Así lo expresa el art. 22,4 CC cuando emplea los términos “deberá justificar”, lo que conlleva una coherencia entre la documentación presentada al expediente, sus propias alegaciones y los datos que obren en poder de las instancias oficiales correspondientes. Lo que no parece razonable es que al solicitante se le exija demostrar que ha ostentado un comportamiento social ejemplar e intachable a lo largo de su vida, sino que lleva una existencia correcta desde el punto de vista de un “estándar medio de conducta”<sup>19</sup>. Y es que, en la medida en que “la buena

<sup>15</sup> STS de 12 de mayo 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª (RJ 2005/4226).

R. VIÑAS FARRÉ, “Evolución del Derecho de nacionalidad en España: continuidad y cambios más importantes”, en <https://www.ehu.es/documents/10067636/10761851/2009-Ramon-Vinas-Farre.pdf/4895d2d7-7660-6e09-673f-00fc1c81fe2b> (Fecha de consulta, 1 de noviembre de 2020).

<sup>16</sup> G. PINYOL I JIMÉNEZ; E. SÁNCHEZ MONTIJO, “La naturalización en España. Una política de claroscuros”, en *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2014. <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/287328> (Fecha de consulta, 30 de octubre 2020).

En la SAN 1775/2019. ECLI: ES:AN: 2019:1775, se aborda la discrecionalidad “*En esta materia resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados. Sin duda, el reconocimiento de la nacionalidad española por residencia no constituye el ejercicio de una potestad discrecional, encontrándonos, por el contrario, ante una potestad reglada, pues es un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos. De ahí que su naturaleza jurídica difiera de la potestad de concesión de nacionalidad por carta de naturaleza, pues mientras ésta constituye un genuino derecho de gracia, en que el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo pero no causa jurídica de la misma, la adquisición por residencia no puede concederse o denegarse sino cuando concurren las circunstancias legalmente previstas, de manera que no se trata de una concesión “stricto sensu” sino de un reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles. Así lo hemos declarado, entre otras, en sentencias de 9 de octubre de 2015, Rec. 25/2015, y 16 de octubre de 2015, Rec. 15/2015”.*

<sup>17</sup> BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002.

<sup>18</sup> Ahora bien, el art. 221 RRC configura la aportación de este requisito “*si es posible*”.

<sup>19</sup> E. RUBIO TORRANO, “La buena conducta cívica en la adquisición de la nacionalidad española por residencia”, en *Aranzadi Civil* nº 1, 2004.

A. RUBIO CASTRO; M. MOYA ESCUDERO, “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37 (2003).

La SAN 1231/2020, Sec. 3ª, de 12 de junio 2020. ECLI: ES:AN: 2020:1231, respecto a la dificultad para precisar qué debe entenderse por buena conducta cívica, remite a la STS, Sec. 6ª, de 12 noviembre 2002 (Rec. Casación núm. 4857/1998) que señala: “(...) Y por eso importa dejar claro que este sintagma que emplea el artículo 22.4 del Código Civil remite a un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo. Un estándar que vale para todos y vale para cada uno. En el bien entendido que no se trata de imponer un modo de vida uniforme en la comunidad nacional, ni de que quien utiliza esta vía de adquisición de la nacionalidad tenga que demostrar que durante toda su vida haya observado una conducta intachable, sino de proclamar que, siendo cada sujeto humano libre para organizar su vida como le plazca -la vida se nos da, pero no se nos da hecha: tenemos que hacérsola quienes, no siendo españoles, deseen obtener la nacionalidad española, han de haber llevado y seguir llevando una vida ajustada a ese estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos”.

*conducta cívica no se presume*<sup>20</sup>, es al solicitante a quien corresponde la carga de probarla, así como su suficiente grado de integración en la sociedad española. Para ello, es importante que aporte datos que indiquen de forma inequívoca su buena conducta cívica<sup>21</sup>, lo que “... remite a un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo”<sup>22</sup>. En el caso objeto de análisis, pudo conocerse que, tras fijar su residencia en Ibiza, y sin existir constancia del abandono de la isla, el sr. Messaoud solicitó y obtuvo permiso de residencia temporal desde 1999 -permanente desde 2004- siendo periódicamente renovado hasta 2018. Consta documentalmente su empadronamiento y trabajo ininterrumpido desde 1999, con cotizaciones a la Seguridad Social durante más de 16 años (según acredita su Informe de Vida Laboral).

**15.** En el RRC no se contienen reglas en relación con la justificación de la buena conducta cívica, por lo que puede ser acreditada por cualquier medio de prueba<sup>23</sup>, y las posibilidades son numerosas (informes policiales, autos de sobreseimiento recaídos en los procedimientos en los que se encontraba incurso el solicitante y, por supuesto, los certificados de cancelación de antecedentes penales). Todo ello, con la posibilidad de que el encargado del Registro proporcione audiencia al interesado, para conformar mejor su criterio, al permitirle, a través de una apreciación directa, verificar el requisito de una forma más ponderada<sup>24</sup>, aunque con las necesarias reservas acerca de tal valoración<sup>25</sup>.

**16.** De esta forma, pueden constatarse las dificultades con las que el juez se encuentra para determinar lo que, coyunturalmente, deba entenderse por buena conducta cívica porque, pese a citarse la expresión “*estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo*” en numerosas resoluciones judiciales, también se nos dice que “*no podemos llamar buena conducta cívica a cualquier cosa*”, lo que abunda en la necesidad de una interpretación actual (en atención a las circunstancias del momento), coherente (con un nivel medio de exigencia), respetuosa (no se trata de imponer un modo de vida uniforme para todo el país), armonizada<sup>26</sup> y de conjunto, es

<sup>20</sup> STS, Sec. 6ª, de 16 de junio 2009, Rec. 2915/2005 (RJ 2009/6596)

<sup>21</sup> SAN de 12 de marzo 2013, Sec. 3ª, Rec. 280/2011.

<sup>22</sup> SAN de 26 de diciembre 2014, Sec. 3ª, -Fundamento Jurídico 3º- 5056/2014 - ECLI: ES:AN: 2014:5056.

<sup>23</sup> SSAN, Sec.3ª, Rec. 1052/2019, de 29 de julio 2020; Rec. 12/2019, de 29 de julio 2020; Rec. 2042/2019, de 2 de julio 2020; Rec. 527/2018, de 18 de septiembre 2019; Rec. 317/2017, de 8 de abril 2019; Rec. 375/2017, de 6 de febrero 2019; Rec. 625/2017, de 21 de febrero 2019, entre otras.

<sup>24</sup> SAN 885/2014, Sec. 3ª. “*Esta audiencia prevista en el marco del art. 221 del RRC expresa el juicio, especialmente cualificado, que se forma el Juez del Registro Civil mediante apreciación directa y personal y no precisa de la corroboración mediante la firma del examinado*” (Fundamento Jurídico 4º). Y “*En lo que aquí es relevante se hace preciso ponderar si la valoración efectuada por el Encargado del Registro Civil se revela como razonable y ponderada, sin perjuicio del valor privilegiado que ostenta la entrevista en orden a verificar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida español, en razón de la intermediación de la que goza el Encargado*” (Fundamento Jurídico 6ª)

<sup>25</sup> “(...) aunque el informe del Encargado presenta singular relevancia en función de la intermediación de la que goza, no es vinculante ni siquiera cuando es favorable, y no es el único que la Dirección competente puede o debe recabar, al margen, claro está, de que la decisión sobre el otorgamiento de la nacionalidad corresponda al Ministro de Justicia (art. 21.2 Código Civil). En consecuencia, el hecho de que aquel informe sea favorable no acredita por sí mismo la concurrencia del requisito de la buena conducta, pudiéndose separar fundadamente del mismo tanto el ministro, como los Tribunales (en análogo sentido, STS de 2 de junio de 1998, recurso 495/1994 y SAN de 9 de octubre de 2015, procedimiento ordinario 352/215)”. Fundamento Jurídico 2º, SAN 772/2020, Sec. 6ª, de 6 de junio 2020. ECLI: ES:AN: 2020:772.

<sup>26</sup> “(...) Un estándar que vale para todos y vale para cada uno. En el bien entendido que no se trata de imponer un modo de vida uniforme en la comunidad nacional, ni de que quien utiliza esta vía de adquisición de la nacionalidad tenga que demostrar que durante toda su vida haya observado una conducta intachable, sino de proclamar que, siendo cada sujeto humano libre para organizar su vida como le plazca -la vida se nos da, pero no se nos da hecha: tenemos que hacérsola-, quienes, no siendo españoles, deseen obtener la nacionalidad española, han de haber llevado y seguir llevando una vida ajustada a ese estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos”. Y también, “(...) en nuestra sentencia de 12 de noviembre del 2002 (recurso de casación 4857/1998) dijimos que «la realidad social (art. 3.1 del Código civil) a la que el intérprete ha de acudir para interpretar el ordenamiento jurídico es una realidad caleidoscópica cuyos elementos, que podrían tenerse por inmutables a primera vista, cambian de posición a medida que gira la rueda de la vida. Y es esta imagen la que permite entender por qué la escala de valores cambia según las convicciones sobre el mundo, la vida y el hombre que tienen las sucesivas generaciones sociológicas. Esto que decimos no es pura retórica sino algo perfectamente constatable en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Piénsese en lo sucedido con el derecho al honor y el de libertad de expresión: prevalencia, en una primera

decir, verificando la trayectoria personal del solicitante sobre la base del mencionado estándar medio de conducta<sup>27</sup>. Así pues, la valoración subjetiva del encargado de verificar el expediente adquiere un papel altamente significativo en el *iter* de la tramitación.

### 3. Papel de los antecedentes penales y policiales

17. Resulta evidente que una condena penal tiene suficiente relevancia como para condicionar la valoración de la buena conducta cívica del solicitante, aunque no suponga un automatismo. Incluso la presencia de conductas delictivas graves han de ser moduladas en su percepción por la autoridad competente ya que no todas ponen de relieve la misma ausencia de civismo<sup>28</sup>. En este contexto, la buena conducta cívica no ha de hacerse equivaler a la carencia de antecedentes penales<sup>29</sup>, porque independientemente de su cancelación -como sucede en la sentencia de referencia, con la acreditada cancelación de antecedentes policiales- son tan sólo un indicador -eso sí, cualificado- de la conducta del sujeto, pero no pueden, por sí solos, acarrear la denegación de la nacionalidad española<sup>30</sup>.

18. En cuanto a la trascendencia de los Informes policiales, el Tribunal Supremo ha reiterado que una infracción administrativa también puede ser indicativa de falta de buena conducta cívica<sup>31</sup> pero añadiendo que los Informes negativos no conducen automáticamente a descartar la buena conducta; la doctrina jurisprudencial recogida en numerosas sentencias expone que la fuerza probatoria de un Informe policial ha de ponerse en contexto con otros hechos conocidos del sujeto y en relación con los demás medios de prueba<sup>32</sup>.

---

*etapa del derecho al honor (STC de 19 de enero y 28 de octubre de 1988); equiparación, después, de uno y otro derecho, lo que implica tener que ponderar los intereses en juego (STC 104/1986, STC 159/1986); y, por último, prevalencia de las libertades de expresión e información (STC 165/1988, y STC 59/1989). El progresivo cambio de una estimativa de valores no puede ser más patente".* Así puede leerse en la STS de 15 de diciembre 2004, Rec. 1876/2001.

<sup>27</sup> STS, Sec. 6.ª, de 12 noviembre 2002 (Rec. Casación núm. 4857/1998)

<sup>28</sup> SAN, Sec. 3ª, 5056/2014, de 26 de diciembre 2014. ECLI: ES:AN: 2014:5056.

A. ORTEGA JIMÉNEZ, "Antecedentes penales y acceso a la nacionalidad española", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 812, Pamplona 2011.

<sup>29</sup> En STS de 16 de marzo 1999, Sec. 6ª, (RJ\1999\3044) podía leerse que en el supuesto de la concesión de nacionalidad por residencia, la exigencia de "justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica" (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (art. 22.4 Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo período de tiempo y permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales".

<sup>30</sup> Nada tiene que ver, como indica el Tribunal Supremo, el concepto jurídico indeterminado, buena conducta cívica, a que se refiere el art. 22,4 CC, con la carencia de antecedentes penales a que se refiere en último término la norma invocada, ya en la sentencia de 16 de marzo de 1999 se decía que en el supuesto de la concesión de nacionalidad por residencia, la exigencia de «justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica» (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (art. 22.4 CC), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo período de tiempo y permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales. De contrario los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española (Sentencia TS de 5-11-2001 Rec. casación núm. 5912/1997). Así podemos leer en la SAN 1191/2020, de 10 de junio 2020, ya citada. También, en la STS de 5 de noviembre 2001, Rec. 5912/1997. Y en las SSTS de 12 de febrero 2010, Rec. 1076/2007; de 29 de marzo 2011, Rec. 4850/2007; de 7 de noviembre 2011, Rec. 6077/2009 o de 29 de abril 2011, Rec. 1261/2008.

<sup>31</sup> SSTS de 28 de noviembre 2011, Rec. 760/2010; de 29 de marzo 2011, Rec. 5050/2007 y de 14 de noviembre 2011, Rec. 6642/2009.

<sup>32</sup> Puede verse en las SSTS de 22 de septiembre 2008, Rec. 1848/2004; de 2 de octubre 2009, Rec. 3607/2006, de 18 de diciembre 2009, Rec. 3630/2006 o de 29 de octubre 2010, Rec. 589/2007.

19. Como podemos apreciar, los antecedentes penales y policiales -independientemente de que al iniciarse el expediente estén o no cancelados- pueden servir de elemento indiciario, de *“indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española si queda suficientemente demostrado por las demás pruebas practicadas que el solicitante observa una buena conducta cívica”*<sup>33</sup>. Pero en ningún caso deberán hacer prueba plena de la ausencia de buena conducta.

20. De esta forma, el haber sido condenado penalmente no arrastra necesariamente la conclusión de mala conducta cívica, de igual manera que la buena conducta no queda acreditada por la ausencia de antecedentes penales. Todos los elementos que puedan ser recabados para crear en la autoridad judicial una convicción deberán ser tenidos en cuenta y sólo la valoración de su conjunto permitirá una resolución acorde a derecho. El concepto de civismo se nos presenta entonces como un requisito adicional a la no transgresión de las normas<sup>34</sup> ya que no sólo se trata de no haber delinquirado sino de respetar las pautas de conducta de la sociedad en que el sujeto se inserta<sup>35</sup>.

Todo ello ha hecho que nuestros Tribunales relativicen la importancia de los antecedentes penales: aun habiendo sido cancelados, la conducta incívica del extranjero puede ser evidente y, por el contrario, el civismo del solicitante puede resultar tal que sea irrelevante la existencia de antecedentes penales sin cancelar. De hecho, ha podido comprobarse en numerosas ocasiones como el tener antecedentes penales no suponía la denegación de nacionalidad si aquellos no eran el resultado de infracciones penales graves<sup>36</sup> o de conductas reiteradas o si había transcurrido un lapso de tiempo razonablemente dilatado entre la comisión del hecho delictivo y la solicitud de nacionalidad<sup>37</sup>, o si el proceso penal por delito finalizó con la absolución del sujeto<sup>38</sup>, los antecedentes penales se cancelaron antes de tramitar la solicitud de nacionalidad<sup>39</sup>, o se produjo el sobreseimiento<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> Fundamento Jurídico 2º de la SAN 1191/2020, Sec. 3ª, de 10 de junio 2020. ECLI: ES:AN: 2020:1191

<sup>34</sup> SSTs de 17 de marzo 2009, Rec. 8559/04 y de 26 de mayo 2009, Rec. 1970/05.

<sup>35</sup> STS de 18 de junio 2009, Rec. 2915/05.

<sup>36</sup> Resulta indicativa de dicha tendencia jurisprudencial la STS, Sec. 6ª, de 29 de abril 2011, Rec. 367/2008: *“(…) aun cuando la condena penal impuesta a la solicitante constituía un inicial obstáculo para la apreciación de esa buena conducta cívica, ese obstáculo puede entenderse superado por la escasa entidad de los hechos imputados y por la propia levedad de la condena impuesta (dos días de arresto por cada una de las dos faltas por las que se le condenó), así como por la distancia temporal entre aquellos hechos y la fecha en que se solicitó la nacionalidad española, más aún si se tiene en cuenta que no constan ni se han invocado por la Administración cualesquiera otros datos desfavorables en su contra (…)”*

<sup>37</sup> STS, Sec. 6ª, Rec. 5580/2005, de 26 mayo 2009.

STS, Sec. 6ª, de 4 de abril 2011, Rec. 5868/2007: *“(…) aun cuando la condena penal impuesta en su día al interesado constituía un inicial obstáculo para la apreciación de esa buena conducta cívica, ese obstáculo puede entenderse superado por datos positivos suficientemente acreditados, como el carácter puntual y aislado del delito cometido, la no reiteración de conductas infractoras, la lejanía de aquellos hechos y la cancelación de los antecedentes penales correspondientes, así como su prolongada, plena y pacífica integración familiar y social en España”.*

Más claramente, la STS de 25 de febrero 2011, Rec. 2911/2007, cuando indica que *“(…) conviene tomar en consideración la conducta del solicitante durante un periodo de tiempo significativo, con ello la proximidad o lejanía temporal en la realización de conductas que pudieran poner en cuestión la buena conducta cívica, y ponderar los factores positivos que muestren un comportamiento cívico conforme con los valores sociales y deberes razonablemente exigibles…”.*

<sup>38</sup> STS de 12 diciembre 2011, Sec. 6ª, Rec. 1801/2010.

<sup>39</sup> STS de 27 octubre 2010, Sec. 5ª, Rec. 4307/2006.

<sup>40</sup> STS de 28 septiembre 2005, Sec. 6ª, Rec. 4919/2001. El Tribunal, en su Fundamento Jurídico 4º dice: *“(…) que está suficientemente probado que si bien el recurrente cometió en 1990 dos hechos delictivos por los que fue condenado, a partir de ese mismo año su conducta carece de reproche alguno, y, por el contrario, muestra un comportamiento que es el que exige la sociedad como representativo de un ciudadano estándar en tanto que posee una vida familiar estable, tiene un trabajo con el que atiende a las necesidades familiares, goza de un domicilio familiar conocido, paga sus impuestos y tiene buena fama cívica y religiosa en su entorno según expresa el documento al que antes nos referimos. Es decir, desde hace más de quince años al hoy recurrente no cabe hacerle reproche alguno, en lo que hace a su conducta social y cívica y por tanto está suficientemente justificada una rehabilitación total del mismo no pudiendo constituir sus errores de un pasado lejano en el tiempo, estigma insubsanable cuando se ha acreditado en la forma en que acontece en el caso de autos como absoluta su integración cívica y social y una conducta acorde a esa integración durante tan largo periodo de tiempo”.*

21. Siguiendo la actual tendencia que aboga por la flexibilidad en la valoración, el Tribunal Supremo<sup>41</sup> ha considerado determinantes de una buena conducta cívica circunstancias ajenas a los antecedentes penales y policiales, prestando atención a comportamientos concretos como el conocimiento de la lengua, la actividad laboral prolongada, las cotizaciones a la Seguridad Social, la implicación en actividades vecinales, la presentación regular de las declaraciones de la renta..., de forma que, en ocasiones, determinados antecedentes penales en vigor no permiten formular un juicio negativo sobre el comportamiento cívico del sujeto si median algunas de esas conductas<sup>42</sup>.

22. Pese a lo anterior, ello no impide que siga habiendo resoluciones que deniegan la nacionalidad al extranjero con antecedentes penales, aunque el delito no sea significativo en sí mismo<sup>43</sup>, hayan caducado sus antecedentes penales y sea manifiesta su integración personal, laboral y familiar<sup>44</sup>. En tales casos sería, por tanto, necesario, no sólo acreditar que nunca se han tenido antecedentes penales ni policiales, sino también, una conducta cívica intachable. Estaríamos, en consecuencia, ante dos requisitos que habrían de presentarse de forma acumulada<sup>45</sup>, no ante la condición exigida por el art. 22 CC y sujeta a interpretación. Así se puso ya de relieve en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 2001 (Rec. casación núm. 7947/1997)<sup>46</sup> y en otras más recientes que siguen su mismo rígido hilo conductor, exigiendo no solo verificar la ausencia de antecedentes sino también la trayectoria personal del solicitante, su exteriorización del civismo, el respeto a unas pautas de comportamiento en sociedad y cualquier tipo de “dato útil” que permita encajar su conducta en la de un buen ciudadano<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> STS, Sec. 5ª de 27 de octubre 2016, Rec. 1179/2016.

<sup>42</sup> STS, Sec. 6ª, de 2 de octubre 2015, Rec. 2767/2013.

<sup>43</sup> Fundamento Jurídico 4º, SAN 772/2020, Sec. 6ª, de 6 de junio 2020. ECLI: ES:AN: 2020:772 “(...) por mucho que el hurto por el que fue condenado el actor fuera de escasa cuantía, la conducta desplegada por aquel se revela incompatible con los estándares mínimos de una buena conducta cívica, sobre todo habida cuenta de la coincidencia de dichos hechos con la solicitud de nacionalidad española.

<sup>44</sup> Así puede constatarse en la STS, Sec. 6ª de 12 de noviembre 2007, que deniega la nacionalidad ante una detención policial por delito de falsificación de documento. Y ello, cuando las actuaciones fueron sobreseídas, los antecedentes, cancelados y constaba, asimismo, un Informe del Encargado del Registro Civil alegando la buena conducta cívica del solicitante.

<sup>45</sup> STS de 15 de diciembre de 2004, Rec. 1876/2001 “(...) El artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que “per se” impliquen mala conducta, lo que el art. 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 114/87 (...).” Y sigue: “(...) en la sentencia de 16 de Marzo de 1.999 se decía que en el supuesto de la concesión de nacionalidad por residencia, la exigencia de “justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica” (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22.4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo periodo de tiempo de permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales...”

<sup>46</sup> Se alude a ella en la SAN 1191/2020, Sec. 3ª, de 10 de junio 2020, ECLI: ES:AN: 2020:1191. También, en STS de 25 de febrero 2011, Rec. 2911/2007: “ (...) Nada tiene que ver pues el concepto jurídico indeterminado “buena conducta cívica” a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales, ya que la “buena conducta cívica” (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22.4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo periodo de tiempo de permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales ...”

<sup>47</sup> SSTS de 11 abril 2011, Sec. 6ª, Rec. 6311/2007; y 29 marzo 2011, Rec. 603/2007.

Esta doctrina también se lee, entre otras, en las SSTS de 28 de noviembre 2011, Rec. 772/2010 y en las de 19 de diciembre 2011, Rec. 759/2010 y 3146/2010: “El cumplimiento de tal requisito viene determinado, por lo tanto, no solo por la ausencia de elementos negativos en la conducta del solicitante, como pueden ser transgresiones de las obligaciones de distinta naturaleza que el ordenamiento jurídico impone al ciudadano, sino por la acreditación positiva de un comportamiento conforme con los principios y valores cívicos de la comunidad en la que se integra, que ha de resultar más expresiva, convincente y concluyente

**23.** Ahora bien, si de los antecedentes penales vigentes se pueden concluir que ni siquiera ellos son elemento decisivo para la denegación si, a su lado concurren comportamientos reiterados y duraderos de una conducta cívica intachable; y que el reproche social y la alarma ante una potencial peligrosidad han de ceder ante los principios de reeducación y reinserción social que recoge la Constitución (art.25,2), resulta una contradicción evidente propugnar la reinserción como valor y, acto seguido, denegar el derecho a obtener la nacionalidad en virtud de una condena (con independencia de consideraciones como la gravedad o levedad de la conducta o su carácter puntual o reiterado).

**24.** En la Sentencia de referencia, la Comisaría Local de la Policía Nacional en Ibiza, lugar de residencia del peticionario, dictó Auto firme de sobreseimiento libre parcial, por delitos de atentado a agente de la autoridad, estafa y lesiones. Asimismo, los antecedentes policiales fueron cancelados, lo que a juicio de nuestro TS supone que, tras eliminarse todos los efectos de la conducta reprochable, ésta ha desaparecido del mundo jurídico<sup>48</sup>. Ello abunda en el criterio del alto Tribunal cuando reitera la idea de que hay que analizar la trayectoria vital del solicitante de nacionalidad desde una perspectiva integral, conjunta, sin parcelar<sup>49</sup> valorando su comportamiento con arreglo a la conducta estándar de un ciudadano medio.

### III. Conclusiones

**25.** Como viene indicando la jurisprudencia más reciente, la buena conducta cívica es un requisito insoslayable para la concesión de la nacionalidad española, aunque su apreciación por el órgano con competencia exija un examen completo de la trayectoria personal del solicitante, que debe ir más allá de la mera comprobación de la existencia de antecedentes penales o policiales<sup>50</sup>.

**26.** Concluir -como se hizo por las Resoluciones de la DGRN y la SAN- que no ha podido acreditarse buena conducta por no haber aportado el requisito documental de la ausencia de antecedentes penales, es resolver el expediente de forma simplista. La base exclusiva de una reseña policial o un antecedente penal -o su falta de presentación- ha de ser enmarcada dentro de la trayectoria personal, social y vital del solicitante<sup>51</sup>. La prueba indiciaria que representa el antecedente penal (o su ausencia de presentación) es tan sólo eso, una mera señal, un elemento más a considerar de entre los muchos y variados que proporciona a la autoridad la presencia de un concepto jurídico sin determinación legal.

**27.** Ante esta exigencia tradicional de acumulación de requisitos deberíamos estar en condiciones de defender que la existencia o inexistencia de antecedentes penales y/o policiales, siendo condiciones importantes en la tramitación formal del expediente, no deberían adquirir la categoría de elemento

---

*cuando median situaciones y actuaciones que, al margen de la trascendencia penal, merecen una valoración negativa a efectos de cumplir con tal requisito de buena conducta cívica.”*

<sup>48</sup> Respecto a la cancelación de antecedentes penales se manifestó la STC 174/1996, considerando que “... prolongar los efectos de los antecedentes penales más allá de su cancelación choca con el art. 25 de la Constitución y con la finalidad trascendente de reinserción social de las penas”.

<sup>49</sup> “El concepto jurídico indeterminado “buena conducta cívica” debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el órgano jurisdiccional que conozca de la materia en vía de recurso contencioso, como un requisito exigible para la concesión de la nacionalidad española que debe ser apreciado mediante el examen de la trayectoria personal del demandante de la nacionalidad, considerando aquélla en su conjunto y en modo alguno en relación a un periodo de tiempo predeterminado”. Así se expresa la STS de 15 de diciembre 2004, Rec. 1876/2001 ya citada. En este sentido, se pronuncian también sendas SSTS de 10 de octubre 2011, Rec. 2568/2009 y 1500/2009 y de 14 de enero 2011, Rec.4556/2007, entre otras.

Asimismo, la SAN, Sec. 3ª, 1108/2020, de 8 de junio 2020. ECLI: ES:AN: 2020:1108. “ (...) Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno”.

<sup>50</sup> SAN 383/2020, Sec. 3ª, de 3 de febrero 2020 - ECLI: ES:AN:2020:383.

<sup>51</sup> SAN, Sec. 3ª, de 20 de noviembre 2014, Rec. 939/2013.

decisivo. En numerosas sentencias aludidas en este trabajo seguimos viendo que la carga de probar la buena conducta cívica exige al solicitante de nacionalidad acreditar no sólo la ausencia de sanciones penales o administrativas plasmadas en registros públicos sino, además, que su conducta ha sido conforme a las pautas de convivencia cívica; es decir, se trata de no infringir la normativa penal y administrativa y, además, de actuar con civismo en todas las facetas de la vida ordinaria. Y una vez que el solicitante ha cumplido con la carga de probar, el juez debe verificar -a la vista de lo aportado- si, efectivamente, existe esa buena conducta cívica que conduciría a la concesión de la nacionalidad por residencia. Como dice la reciente jurisprudencia, al solicitante se le impone esta exigencia específica como consecuencia del “plus” que conlleva el acto de otorgamiento de la nacionalidad; y esa acreditación positiva ha de ser más convincente y concluyente si, como en este caso, la aportación del requisito documental no ha podido llevarse a cabo.

**28.** Pues bien, en la resolución del TS que justifica estas páginas, hemos comprobado la incidencia que tiene en la concesión de la nacionalidad española por residencia la ausencia de aportación de documentos requeridos -así como el peso de los antecedentes penales- y si ello es elemento decisivo para denegar la nacionalidad por no quedar suficientemente probada la buena conducta cívica. Encadenar la falta de entrega de cierta documentación a las dificultades para que la autoridad competente pueda tener certeza bastante de la buena conducta cívica que la normativa exige, es un desacertado silogismo del que el TS se aparta en la Sentencia analizada.

La importancia de la resolución es ciertamente notable, ya que se plantea con claridad, que no resulta admisible considerar la aportación documental, en este caso los antecedentes -penales o policiales- cancelados, como un obstáculo insalvable en la obtención de la nacionalidad siendo, como es, un requisito reglamentario sin apoyo en normas con rango de Ley, circunstancia que avala la legitimidad de un menor alcance en lo relativo a su exigibilidad.

Además, la falta de acreditación documental tiene, en el caso Messaoud, una connotación compleja basada en las dificultades insoslayables que el solicitante alegó para obtener los documentos requeridos. La no aportación debida a las razones políticas que provocaron la huida del país del militar argelino ha sido debidamente complementada con otras pruebas que, de manera indubitada, ponen de manifiesto para el TS la buena conducta cívica del solicitante. De todo ello puede deducirse el cumplimiento de sus deberes cívicos durante el tiempo de residencia en España bajo parámetros razonablemente exigibles para poder acceder a la concesión de la nacionalidad española por residencia<sup>52</sup>.

**29.** Así, como indica el alto Tribunal, aunque pese sobre el solicitante la carga de la prueba de su observancia de buena conducta cívica, será el juez quien deba valorarla apreciándola en su conjunto<sup>53</sup>, ponderando con flexibilidad las circunstancias concurrentes y eludiendo considerar las exigencias reglamentarias de documentación como elemento insalvable para proceder a la concesión de la nacionalidad. Y, como sigue apuntando, esta indispensable ponderación y una “*más intensa proactividad de la Administración en la tramitación procedimental*” (apdo. 3 del Fundamento Jurídico 5º) que recae en la apreciación de los requisitos, entendemos que habrá de proyectarse sobre futuros litigios en el ámbito del Derecho de Extranjería<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ; A. DURÁN AYAGO; B. CARRILLO CARRILLO, *Curso de nacionalidad y extranjería*, Colex, Madrid, 2017.

<sup>53</sup> STS de 15 de diciembre 2004, Rec.1876/2001.

<sup>54</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), Vol. 10, nº 2.

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS:  
EFECTOS DE LA FALTA DE COMUNICACIÓN EN PLAZO DE  
DISCONFORMIDAD DE LA PARTE RECEPTORA SOBRE LA  
MERCANCÍA BAJO EL PRISMA DE LA CONVENCIÓN DE  
VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980

INTERNATIONAL SALE OF GOODS: EFFECTS OF FAILURE  
TO NOTIFY BY THE RECEIVING PARTY WITHIN THE TIME  
LIMIT OF NON-CONFORMITY ON THE GOODS IN THE LIGHT  
OF THE VIENNA CONVENTION OF 11TH APRIL 1980

MONTSE GÓMEZ FERRERES

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

*Miembro de la Red Española Europea de expertos en Derecho Internacional Privado*

Recibido: 01.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5999>

**Resumen:** Este trabajo analiza las cuestiones de Derecho Internacional Privado más controvertidas de la sentencia dictada por la sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 2282/2020, de 6 de Julio, resolviendo el recurso de casación interpuesto por la mercantil española Ingeniería y Tratamiento de Valorización S.L., siendo parte recurrida la empresa alemana Econ Industries GMBH, en la que se plantea la interpretación de la Convención sobre las Naciones Unidas de 11 de Abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías que, para el ejercicio de los derechos que reconoce al comprador, le impone la carga de comunicar al vendedor tanto la falta de conformidad con la mercancía recibida, como la resolución del contrato “*en un tiempo razonable*”.

**Palabras clave:** contrato compraventa internacional de mercaderías, Convención de Viena de 11 de Abril de 1980, obligaciones del comprador en contrato internacional de compraventa de mercaderías, plazo para comunicar falta de conformidad en recepción de mercaderías internacionales.

**Abstract:** This work analyzes the most controversial issues of Private International Law in the sentence issued by the Civil Chamber of the Supreme Court number 2282/2020, of July the 6th, solving the appeal in cassation filed by the Spanish company Ingeniería y Tratamiento de Valorización S.L, The German company Econ Industries GMBH was the party appealed against, in which the interpretation of the United Nations Convention of 11th April 1980 on Contracts for the International Sale of Goods was raised, which, in order to exercise the rights it recognizes for the buyer, imposes on it the burden of communicating to the seller both the lack of conformity with the goods received and the termination of the contract “*within a reasonable time*”.

**Keywords:** international sale of goods contract, Vienna Convention 11th April 1980, buyer’s obligations in international sale of goods contracts, deadline to communicate the party’s disagreement on the reception of international goods.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho. II. Cuestiones jurídicas clave que se debaten; mención especial a la obligación del comprador de comunicar en un plazo razonable tanto la falta de conformidad en la recepción de mercaderías internacionales como la resolución del contrato bajo el marco de la Convención de Viena de mercaderías internacionales de 11 de Abril de 1980. 1. Competencia judicial y ley aplicable. 2. Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de Abril de 1980. 3. ¿Cómo ha de comunicar el comprador al vendedor la falta de conformidad en relación con las mercancías recibidas según la Convención de Viena de 11 de abril de 1980? ¿Y con respecto a la resolución del contrato? III. Conclusiones.

## I. Antecedentes de hecho

1. En síntesis, los hechos que dan lugar a la sentencia que aquí se comenta se concretan en que el 20 de Mayo de 2008, ambas empresas firmaron un contrato por el que la mercantil alemana aquí demandada (en adelante ECON) debía suministrar material, maquinaria y asistencia para la instalación de una unidad de desorción térmica (en adelante TDU) en Dinnington (Reino Unido). El precio se acordó que sería en una serie de plazos condicionados a varios cumplimientos, entre otros, cabe mencionar que ambos pactaron que era necesario realizar una serie de comprobaciones técnicas con unos requisitos mínimos durante el plazo de cinco días tras la puesta en marcha de la mencionada máquina.

2. Dichas pruebas no resultaron satisfactorias y ello, unido a otra serie de vicisitudes y problemas que hubo durante el periodo de montaje de la TDU (retraso por el fallo de soldaduras, coste de las piezas de recambio, problemas con el software, etc.), llevaron a la empresa española a entender que había existido incumplimiento de contrato por la empresa alemana demandada, y, consecuentemente a formular la correspondiente demanda, si bien, antes de presentar dicha demanda, concretamente el 18 de Diciembre de 2012, la parte actora remitió a la demandada por conducto notarial una carta en la que, al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la Convención de Viena, comunicaba *“formalmente la absoluta disconformidad con la mercancía suministrada por ECON, advirtiendo de la interposición de acciones legales si no se adecuaba la TDU a los parámetros de funcionamiento pactados”*.

3. Insatisfechas, por tanto, dichas pretensiones, la demanda se presentó finalmente el 18 de Noviembre de 2013.

4. En la sentencia de primera instancia la mercantil española formuló demanda contra la compañía alemana Econ Industries GMBH, por la que solicitaba básicamente que se declarara la resolución del contrato de compraventa internacional de mercaderías firmado por ambas y que se condenara a la demandada, por un lado a la reintegración del total del precio satisfecho por un total de dos millones trescientos treinta y tres mil novecientos treinta y un euros con setenta céntimos (2.333.931,70 euros) más intereses y además que se la condenara a pagar la cantidad de dos millones ciento sesenta mil euros (2.160.000 euros) con expresa condena en costas para la demandada.

5. Es relevante mencionar que la demanda fue estimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Barcelona.

6. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la representación de la demandada ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que revocó totalmente la misma imponiendo a la mercantil española la costas de la instancia.

7. Ingeniería y Tratamiento de Valorización S.L interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

8. La Sala de lo Civil de nuestro más Alto Tribunal, en la sentencia objeto del presente estudio, STS.2282/2020 de 6 de Julio, resuelve en el sentido de desestimar íntegramente el recurso de casación con expresa condena en costas para la recurrente.

## II. Cuestiones jurídicas clave que se debaten

9. El objeto esencial del presente estudio se centra en analizar la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, firmada en Viena el 11 de Abril de 1980, en vigor con carácter general desde el 1 enero 1988 y, para España, desde el 1 agosto 1991 (BOE núm. 26 de 30 enero 1991 y BOE núm. 282 de 28 noviembre 1996), su interpretación en relación con determinadas cuestiones, y, principalmente, la cuestión de la obligación que impone al comprador de comunicar al vendedor tanto la falta de conformidad de la mercancía recibida, como la resolución del contrato “*en un tiempo razonable*”.

### 1. Competencia judicial y ley aplicable

10. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la primera cuestión a aclarar es la competencia internacional de los tribunales a los que acude el demandante. En este sentido, se analiza en primer lugar qué Juzgado sería competente para conocer de la presente cuestión: al someterse las partes en el contrato a los jueces y tribunales de Barcelona, el Tribunal tiene que comprobar en primer lugar si cabe la sumisión expresa de las partes, y, la solución a la que llega muy acertadamente es afirmativa, toda vez que, al ser aplicable (por la fecha de firma del contrato) el Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de Diciembre de 2000 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias, en el mismo se contempla tanto la sumisión expresa como la tácita.

11. Efectivamente, el Reglamento regula la competencia judicial internacional en materia tanto civil como mercantil, siempre que se trate de materias que no hayan sido expresamente excluidas por el mismo, confirmando en su artículo 23.1 (en la actualidad artículo 25 del actual Reglamento 1215/2012 de 12 de Diciembre) la aceptación de la sumisión expresa, siempre que ambas partes así lo hayan acordado: o por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o bien en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.<sup>1</sup>

12. En cuanto a la *ley aplicable*, sin embargo, las partes no previeron en el contrato cuál sería, por lo que, a continuación es relevante analizar las siguientes cuestiones: si se trata o no de un “*contrato internacional*”, y, de ser así, qué ley sería aplicable, la Convención de Naciones Unidas de compraventa internacional de mercaderías de 11 de Abril de 1980 o bien el Convenio de Roma I y por qué razón.

13. La primera cuestión, esto es, cuándo podemos estar hablando de que un contrato es “*internacional*”, es relevante en tanto en cuanto, tal y como dicen los profesores J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y A. L. CALVO CARAVACA, el Convenio de Viena es solo aplicable a las compraventas internacionales, no siéndolo a las “*compraventas internas*”; además, las disposiciones de la CVIM deben ser interpretadas dentro del marco internacional, teniendo en cuenta “*la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional*”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> El artículo 23.1 del Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de Diciembre de 2000 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias establece que “*si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes*”.

<sup>2</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho Internacional Privado”, volumen II, 10ª ed., Granada, Comares Editorial, junio 2009, p. 534.

14. No se trata de aplicar el concepto de “*internacional*” *per se*, sino encuadrado dentro del marco jurídico concreto que se está estudiando, en este caso la compraventa internacional de mercaderías. Por tanto, y en consonancia con la Convención de Viena, podríamos concluir que “*una compraventa es internacional cuando las partes contratantes tienen establecimientos en distintos Estados o cuando las partes tienen sus establecimientos en un mismo Estado pero el lugar de conclusión del contrato, el lugar en el que están situadas las mercancías o el lugar al que deben ser transportadas para su entrega se encuentra en otro Estado distinto*”.<sup>3</sup>

15. Para entender qué ha de considerarse “*compraventa internacional de mercaderías*” en el marco de la CVIM, tendremos que comprobar que concorra alternativamente uno de los siguientes criterios (criterios espaciales de aplicabilidad de la norma) o bien que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes pero que sean Estados contratantes (Estados firmantes del CVIM). En este caso, el CVIM es aplicable con independencia de lo que indique la “*norma de conflicto*” del Derecho Internacional Privado del foro y de cuál sea la “*Ley del contrato*”, o bien que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, aun cuando no sean “*Estados contratantes*”, siempre que las normas de Derecho internacional privado del Estado cuyos tribunales conozcan del asunto, prevean la aplicación, al contrato, de la Ley de un “*Estado contratante*” en el CVIM<sup>4</sup>; no obstante ello, hay que hacer constar que la propia Convención concede a los Estados contratantes cierta discrecionalidad para excluir la aplicación de determinados apartados, así como su aplicación solo para unidades territoriales diferentes dentro del mismo Estado, si existiera diversidad de sistemas jurídicos en dicho Estado contratante.<sup>5</sup>

16. En la misma línea, la sentencia analizada remarca dicho carácter haciendo alusión precisamente a que “*las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes*” (artículo 1 de la CVIM).<sup>6</sup>

17. En el presente supuesto, podríamos decir que existen “*tres elementos extranjeros distintos*”: empresa con establecimiento en España (la actora), empresa con establecimiento en Alemania (la demandada) y la ciudad de Dinnington (en Reino Unido) que era donde se iba a instalar la TDU (la máquina que se iba a fabricar), si bien, y como acertadamente razona la sentencia objeto de este estudio, este último dato es irrelevante a la hora de calificar el carácter internacional de la relación contractual, por las razones anteriormente apuntadas.

18. Una vez aclarada la cuestión, y teniendo concretado que se trata de una relación contractual de compraventa internacional en el marco de la CVIM, se puede dar un paso más en el análisis y ver entonces qué Ley sería aplicable teniendo en cuenta la fecha en la que se firmó el contrato y demás características de la relación (naturaleza de la prestación principal, si existen prestaciones secundarias o varias principales, etc.).

19. A tal efecto, es de reseñar que en el presente caso, ambas partes dan por supuesto, y así se recoge en los hechos probados de la sentencia, “*que los servicios de montaje y funcionamiento de la máquina eran accesorios respecto de la parte principal de las obligaciones de la demandada de fabri-*

<sup>3</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “La Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Nº 1, diciembre 2011, pp. 81-82.

<sup>4</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho Internacional Privado”, volumen II, 15ª ed., Granada, Comares Editorial, junio 2014, p. 815.

<sup>5</sup> Artículos 92 y 93.1 de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde el 1 enero 1988 y, para España, desde el 1 agosto 1991 (BOE núm. 26 de 30 enero 1991 y BOE núm. 282 de 28 noviembre 1996).

<sup>6</sup> Artículo 1 de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde el 1 enero 1988 y, para España, desde el 1 agosto 1991 (BOE núm. 26 de 30 enero 1991 y BOE núm. 282 de 28 noviembre 1996).

*cación y suministro de la máquina (la TDU)*”. Como luego se verá, este dato es decisivo a la hora de dilucidar la aplicabilidad o no de la Convención de Viena (CVIM).

**20.** La cuestión concreta que habría que determinar es: si es aplicable al caso la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980 o si lo es el Convenio de Roma firmado el 19 de Junio de 1980, posteriormente sustituido por el Reglamento (CE) nº593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de Junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, más comúnmente conocido como “*Reglamento de Roma I*”.<sup>7</sup>

**21.** *A priori*, en éste último sería incardinable el supuesto, en tanto en cuanto se trata de una “*obligación contractual*” en el marco de un contrato internacional entre dos partes que son nacionales de dos países firmantes del mismo, como son España y Alemania, aunque, también lo sería, como a continuación se va a analizar en la Convención de Viena, por cuanto que concurren los requisitos exigidos para su aplicabilidad, a saber: a) que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes (artículo 1 de la CVIM); b) que se trate de una compraventa internacional de mercaderías (mismo artículo); c) que no se trate de una de las materias excluidas en la Convención (artículo 2 Convención de Viena); d) que las partes no hayan excluido expresamente su aplicación (artículo 6 de la Convención).

**22.** Por tanto, siendo en principio aplicables ambos marcos normativos al supuesto que nos ocupa, la cuestión se centra en ver ante tal concurrencia cuál de los dos prevalece. Ante tal cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo objeto de nuestro comentario afirma que “*la Convención de Viena prevalece sobre el “Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de Junio de 1.980 ( Convenio de Roma)” y, argumenta el Alto Tribunal que ello es así porque “el artículo 21 del Convenio de Roma establece que el mismo no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea parte o pase a ser parte” y, ese es precisamente el caso de la Convención de Viena*”.<sup>8</sup>

**23.** Personalmente me parece un argumento válido, si bien, yo añadiría, además, que es aplicable la Convención de Viena y no el Convenio de Roma, por el “*principio de especialidad*” que rige en todos los ámbitos del Derecho, y por ende, también en Derecho Internacional Privado, en virtud del cual, concurriendo dos normativas a priori aplicables, prevalece aquella que es más específica sobre la más general. Este principio viene enunciado mediante el aforismo romano “*lex specialis derogat legi generali*” que viene a expresar la decisión jurisprudencial de Papiniano, recogida en D.50,17,80, según la cual, en Derecho, lo específico prevalece sobre lo genérico.<sup>9</sup>

Este principio general del Derecho está pensado en aras de encontrar una solución más justa al caso concreto, ya que, las normativas especiales, en principio, parece que se ajustan más a las circunstancias específicas de caso particular.-

**24.** Por último, también es de destacar, que, la propia parte demandante, al enviar el 18 de diciembre de 2012, a la demandada por conducto notarial una carta en la que le comunicaba formalmente la absoluta disconformidad con la mercancía por ella suministrada, lo hacía “*al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la Convención de Viena*”, es decir, la propia parte asumía la aplicación de la Convención al supuesto.

<sup>7</sup> Nótese que, al ser el contrato objeto de esta sentencia celebrado y firmado en fecha 20 de Mayo de 2008, no le es de aplicación el Reglamento (CE) nº593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de Junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE L 177 de 4 julio 2008), más comúnmente conocido como “*Reglamento de Roma I*”, por tener fecha de entrada en vigor posterior, sino el anterior, esto es, el Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993, páginas 21953 a 21959.

<sup>8</sup> Posteriormente, y de manera análoga, recoge el artículo 25 del “*Reglamento Roma I*” (DOUE L 177 de 4 julio 2008) la misma salvedad de no afectación con respecto a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea parte.

<sup>9</sup> *Vid.* (<https://www.expansion.com/diccionario-juridico/principio-de-especialidad.html>).

## 2. Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de Abril de 1980

25. En relación con la importancia de la Convención, remarcaría que más de cincuenta países forman parte en la actualidad de la citada Convención. Ello significa que 2/3 de la población mundial disponen del mismo conjunto de normas en relación con el contrato de compraventa internacional y, lo que es todavía más importante, es que más de 2/3 del conjunto del comercio internacional queda gobernado por la misma.<sup>10</sup> Ha sido redactado en las seis lenguas oficiales de la ONU, a saber: inglés, español, francés, ruso, árabe y chino.

26. Con respecto a su aplicabilidad, anteriormente se ha comentado la concurrencia en este caso de los requisitos para que proceda, si bien, ahora vamos a detallar un poco más el requisito concreto de por qué podría considerarse que se trata de una “*compraventa de mercaderías*” si también el contrato contemplaba, además de la venta, el montaje y la puesta en funcionamiento de las piezas.

27. El artículo 3 de la CVIM afirma literalmente que “*se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas (...)*”, es decir que en parte, el objeto del contrato sí que se incardinaria en el supuesto, si bien, como se ha dicho con anterioridad, el objeto del mismo también abarcaba las obligaciones de montaje y puesta en funcionamiento de la máquina, por lo tanto, y aunque este tipo de contrato pertenece al grupo de contratos denominado “*contratos mixtos*”, es determinante analizar a la hora de calificar el contrato, qué prestación era principal y cuál o cuáles eran accesorias o si todas han de ser consideradas principales.<sup>11</sup>

28. Pues bien, en este caso, el asunto es claro, toda vez que, tal y como se contempla en la sentencia que estamos comentando, ambas partes, actora y demandada, han reconocido en sus respectivos escritos que “*los servicios de montaje y puesta en funcionamiento eran accesorios con respecto a la parte principal de las obligaciones del contrato que era la de venta de la máquina y piezas de la misma, lo cual además coincide con que lógicamente el servicio principal que ofrece la empresa alemana es el de venta del producto, si bien, adicionalmente pero de manera secundaria, simplemente “como un plus” también oferta el montaje y puesta en funcionamiento, sobre todo dado que se trata de una máquina muy específica de difícil montaje*”.

29. Por tanto, teniendo una obligación principal “*venta de piezas y máquina*” y siendo las demás secundarias, se entendería subsumido en artículo 3 de la CVIM anteriormente comentado, puesto que se podría definir como “*contrato de compraventa de mercaderías*”.

30. Otro aspecto a destacar de entre los requisitos para su aplicabilidad es el “*curioso*” artículo 6 de la CVIM, que deja a la voluntad de las partes la posibilidad de su propia exclusión, con la particularidad, además, de que pueden incluso excluir únicamente “*partes de la misma*”.

31. En el caso que nos ocupa, las partes no hicieron uso de dicha prerrogativa, por lo que, en concurrencia con el resto de requisitos exigibles, nos lleva a la clara conclusión de que la Convención

<sup>10</sup> M. P. PERALES VISCASILLAS, “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, (<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>).

<sup>11</sup> Jurisprudencia aplicable al supuesto de hecho del artículo 3 CVIM: OLG Frankfurt a.M., 17 septiembre 1991 (Alemania) (PACE) (UNILEX), donde se ha señalado la inclusión bajo las normas de la Convención de un contrato de compraventa de zapatos con arreglo a las especificaciones proporcionadas por el comprador alemán sobre la base del concepto interno alemán del “*Werklieferungsvertrag*” y Oberster Gerichtshof, 27 octubre 1994 (Austria) (PACE) (UNILEX), donde la Convención no se entendió aplicable a un contrato para la fabricación de cepillos y escobas, por el cual la parte ordenante suministraba una parte sustancial de las mercancías necesarias para la producción (art.3.1 CNUCCIM). El laudo de la ICC 7660/JK, 23 agosto 1994 (Austria) (PACE) (UNILEX), ha indicado que se regula por el artículo 3.1 de la Convención los contratos de producción, entrega e instalación de maquinaria.

de Viena es directamente aplicable, sin embargo, en el recurso de casación, la parte recurrente trató de argumentar su inaplicabilidad, con el argumento de que la misma solo sería aplicable a venta de mercaderías “*en serie*”, sin diferenciarse una de otra, y además sin importar si finalmente están bien instaladas o no, y continúa el recurrente diciendo: “*en el presente caso sí es determinante que la máquina esté correctamente instalada*” por lo que, según él, la Convención no sería de aplicación. El Tribunal Supremo rechaza tal argumentación por varias razones, entre otras, porque la propia parte recurrente invocó la aplicación de la Convención al enviar la carta previa de comunicación y requerimiento a la demandada y además en ello basó su demanda inicial; además, sigue diciendo el Alto Tribunal, en virtud del artículo 3 de la misma Convención, los denominados “*contratos mixtos*” como el presente (que contemplan varias prestaciones) también estarían amparados por la misma, siempre que la principal sea la de venta o suministro.

**32.** Centrando el asunto en la aplicabilidad de la Convención, hay que tener en cuenta que en ésta no se regulan todas las cuestiones relativas a los contratos internacionales de mercaderías, sino solo algunas.

**33.** En su artículo 4 se establece que “*regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato (...)*”, sin embargo, esto no es exactamente así, ya que, nos encontramos por un lado que en otros artículos de la propia Convención sí que se regulan otros aspectos de los contratos (i.e. el artículo 8 regula la interpretación del contrato; los efectos de las prácticas y usos (art. 9); la modificación y terminación del contrato (art. 29) y por otro que no todos los aspectos de las obligaciones y derechos de los contratos están regulados en la Convención (quedarían excluidos, por ejemplo, aspectos tales como la cesión de créditos, los intereses, la interpretación de los mismos, etc.).<sup>12</sup>

**34.** En cualquier caso, sí que podríamos afirmar que los puntos clave que se analizan en el presente supuesto sí que estarían regulados “*bajo el paraguas*” de la CVIM, ya que, la piedra angular del asunto gira en torno a las obligaciones de las partes, y en concreto en la obligación del comprador de comunicar al vendedor su disconformidad en relación con la mercancía recibida así como la resolución del contrato “*en un plazo razonable*”.<sup>13</sup>

**35.** Como afirma J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la CVMI conforma un conjunto de normas “*self-executing*”: son normas que no necesitan desarrollo normativo posterior por parte de los derechos nacionales de los Estados partes.<sup>14</sup>

**36.** No obstante ello, consciente de sus propias carencias y limitaciones, la propia Convención, en su artículo 7.2, prevé un sistema de aplicación de leyes de carácter subsidiario, para el caso de que la materia en concreto no venga regulada en la misma, y, así, las lagunas jurídicas que se presenten en su aplicación deben dirimirse de conformidad con “*los principios generales*” de la propia Convención (i.e. la buena fe de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, la seguridad jurídica, etc.) y, subsidiariamente, y a falta de los mismos, de conformidad con las normas de Derecho internacional privado.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> F. GROB DUHALDE, “El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa Internacional de mercaderías y su integración con el Derecho Internacional chileno”, *Revista chilena de Derecho Internacional Privado*, nº 27, Santiago de Chile, diciembre 2016, ([https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722016000200002&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722016000200002&lng=es&nrm=iso)).

<sup>13</sup> Artículo 39.1 de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde el 1 enero 1988 y, para España, desde el 1 agosto 1991 (BOE núm. 26 de 30 enero 1991 y BOE núm. 282 de 28 noviembre 1996).

<sup>14</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho Internacional Privado”, volumen II, 10ª ed., Granada, Comares Editorial, junio 2009, p. 534.

<sup>15</sup> Artículo 7.2 de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde el 1 enero 1988 y, para España, desde el 1 agosto 1991 (BOE núm. 26 de 30 enero 1991 y BOE núm. 282 de 28 noviembre 1996).

37. Para concretar entonces la situación respecto del presente caso, sería, pues aplicable en primer lugar la CVIM, para lo no regulado en la misma los principios generales que en ella se contienen y, por último, y solo subsidiariamente, el derecho interno que resulte aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado. Al no tener la Convención de Viena normas de conflicto, y, por lo anteriormente expuesto, debe estarse a lo dispuesto en el Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (pues, recordemos que, como la fecha de firma del contrato objeto de la sentencia es 20 de Mayo de 2008, y la entrada en vigor del Reglamento de Roma I es posterior, pues fue firmado el 17 de Junio de 2008 y además solo es aplicable, según su artículo 29, para los contratos firmados con posterioridad a 17 de Diciembre de 2009, sería aplicable el Convenio de Roma anterior que se menciona).

38. Dicho Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980, en su artículo 4 establece que “*a falta de la posibilidad de elección de ley aplicable por las partes, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos*”, que, dadas las circunstancias concretas del supuesto que nos ocupa, sería la Ley alemana, ya que, la máquina debía ser fabricada en ese país, la empresa demandada tiene allí su sede, y además actora y demandada así lo asumen en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

39. La Convención de Viena sí regula tanto las obligaciones de comprador y vendedor, como la falta de conformidad en la entrega de mercaderías y la consecuente obligación del comprador de comunicar dicha circunstancia al vendedor y el plazo en el que debe hacerlo, así como los derechos y acciones (en este caso del comprador) en caso de entender que existe un incumplimiento por parte del vendedor, y la acción de resolución de contrato y cómo ha de ejercitarse. Sin embargo, no lo hace con la prescripción de las acciones, tema que, como posteriormente veremos, queda resuelto en este caso por la aplicación del “*derecho interno que resulte aplicable*” en este caso, el alemán.

40. En cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, vienen explicitadas en la propia Convención (artículos 30, 35 y 53) pero solo vamos a hacer hincapié, por lo que respecta al caso comentado, al artículo 35 de la Convención CVMI que establece el deber del vendedor de “*entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato (...)*”.

41. La valoración de dichos parámetros (cantidad, calidad, tipo etc.) es importante, ya que constituye uno de los principales escollos en la práctica de la ejecución en la contratación internacional y por ello es muy relevante reseñar que, a la hora de su interpretación tendremos que estar, en primer lugar a lo que se haya pactado entre las partes, esto es, a los términos del contrato; subsidiariamente, la propia Convención, en su artículo 35.2 establece unos criterios de valoración para el caso de que las partes nada hayan mencionado al respecto, por ejemplo: “*que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo*”, “*que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor al celebrar el contrato*”, o bien “*que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador*”.

42. Es claro que, en el caso concreto objeto de nuestro análisis, hubo defectos importantes en la mercancía puesto que, a la hora de celebrar el contrato, se pactó explícitamente que la máquina debía cumplir exactamente con unos parámetros de ciertos resultados, puesto que la TDU se sometió de común acuerdo por las partes a diversas pruebas de funcionamiento que debían arrojar unos resultados concretos de rendimiento no inferior a 2 toneladas/hora y algún tecnicismo más que allí se plasmó y, sin embargo, dichos resultados no fueron alcanzados en el test, por lo que objetivamente queda acreditado, y así se recogió en la sentencia, que realmente hubo defectos en la mercancía y, por tanto, incumplimiento en este sentido por parte de la empresa alemana vendedora.

43. Consecuentemente, el artículo 36 de la CVIM consagra la responsabilidad del vendedor a este respecto.<sup>16</sup>

### 3. ¿Cómo ha de comunicar el comprador al vendedor la falta de conformidad en relación con las mercancías recibidas según la Convención de Viena de 11 de abril de 1980? ¿Y con respecto a la resolución del contrato?

44. En este punto, el planteamiento sería ¿qué puede y/o debe hacer el comprador al respecto? ¿Menciona la Convención algo en relación a los derechos que asisten al comprador ante tal situación y cómo debe ejercitarlos? Y la respuesta es afirmativa, y, de hecho, como se analizará un poco más adelante, es cierto que se detallan minuciosamente las posibilidades legales que asisten a la parte compradora, como también lo es que se le imponen una serie de obligaciones al respecto sobre el cómo ha de hacerlo y en qué plazos, lo cual va a ser determinante en la resolución del presente supuesto, como de tantos otros.

45. En los artículos 38 y 39 de la CVIM se describen las obligaciones del comprador con respecto a la conformidad o no con la mercancía: por su parte el artículo 38 obliga al comprador a “*examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias*”, y de implicar el contrato el transporte de las mismas, se establece que “*el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino*”.

46. Por su parte, el artículo 39.1 CVIM le obliga a comunicarlo al vendedor “*en un plazo razonable*”, y, en todo caso, el artículo 39.2 CVIM contiene una cláusula de cierre al respecto al especificar que el comprador deberá comunicarlo “*en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un periodo de garantía contractual*”.

47. Es de destacar la relevancia máxima que ha querido darle la Convención a tal comunicación, de tal manera que, si no se efectúa por el comprador con los requisitos y en los plazos en ella establecidos, el comprador pierde toda posibilidad de reclamar su falta de conformidad, decae su derecho, conforme a lo establecido en el artículo 39 de la misma.

48. Nótese, además, la importancia que a este respecto juega el hecho de que la *carga de la prueba* recae en el comprador, que tendrá que probar que efectivamente lo hizo y que, además, lo cumplimentó en el plazo que la Convención le concede a tal efecto.

49. ¿Y, cómo ha de hacerse dicha comunicación? ¿Es necesario que sea por escrito, o cabe la mera manifestación verbal del comprador? ¿Valdría una llamada de teléfono o un mensaje de whatsapp? Nada dice la Convención al respecto, por tanto, ha de entenderse que cabe cualquier modo de comunicación, si bien, lo aconsejable sería utilizar un modo de comunicación “*fehaciente*”, por cuanto que luego facilitará la prueba en una hipotética reclamación judicial, ya que, como se ha dicho en el párrafo anterior, la carga de la prueba recae en este caso sobre el comprador.

---

<sup>16</sup> Artículo 36 de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde el 1 enero 1988 y, para España, desde el 1 agosto 1991 (BOE núm. 26 de 30 enero 1991 y BOE núm. 282 de 28 noviembre 1996) establece que: “*El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento. 2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado periodo, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas*”.

**50.** No obstante, el artículo 44 de la misma norma, otorga al comprador la posibilidad de reducir el precio o pedir indemnización por daños y perjuicios “*siempre que pueda aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida*”.

**51.** Si bien es cierto que en el supuesto de hecho objeto de la sentencia analizada el comprador sí efectuó dicha comunicación al vendedor (pues remitió una comunicación con fecha 18 de Diciembre de 2012) la pregunta que debemos hacernos en este punto es: ¿debe considerarse que dicha comunicación se hizo en un “*plazo razonable*” según los parámetros de la Convención? ¿Nos da la misma alguna pista sobre lo que debemos considerar un “*plazo razonable*”?

**52.** Puesto que la contestación a tal interrogante es negativa y la CVIM no nos ilumina sobre la interpretación que ha de darse sobre comunicar al vendedor la falta de conformidad “*en un plazo razonable*”, es lógico pensar que cada Tribunal analizará las circunstancias del caso concreto a fin de encontrar el equilibrio necesario entre el interés del comprador en ejercer sus derechos en caso de falta de conformidad con la mercancía y el del vendedor en una pronta clarificación de las reclamaciones referidas a un contrato ya cumplido.

**53.** Entre los factores que tienen en cuenta las resoluciones judiciales y los laudos que resuelven aplicando la Convención de Viena a tal efecto, se encuentran: la naturaleza de las mercancías (es totalmente diferente si son productos perecederos o no, por ejemplo), la obviedad sobre la falta de comunicación en el supuesto en el que el defecto sea evidente o latente, o las prácticas comerciales y usos existentes entre las partes.<sup>17</sup>

**54.** En cualquier caso, y, como ocurre en otras ramas del Derecho, la interpretación jurisprudencial al respecto ha sido muy heterogénea, de tal manera que, para lo que a unos les parece “*plazo razonable*”, para otros, bien podría ser un plazo disparatado o fuera de lo aceptable, y todo ello, por supuesto, a la luz de las características específicas del caso concreto: no es lo mismo denunciar defectos sobre libros que sobre tomates frescos, o partidas de leche, etc.<sup>18</sup>

**55.** En el supuesto objeto de nuestro análisis, la entrega de la máquina encargada tuvo lugar el 5 de Junio de 2009. Posteriormente, con fechas 25 de Mayo de 2010 y 13 de Mayo de 2011 se hicieron dos pruebas de funcionamiento de la misma, con resultado no satisfactorio para la compradora y, finalmente y, como se ha mencionado anteriormente, la compradora envió por conducto notarial a la vendedora su comunicación sobre falta de conformidad y resolución de contrato el 18 de Diciembre de 2012. Por tanto, y al haber transcurrido más de un año (concretamente un año y siete meses), la sentencia consideró que “*no se trató en este caso de un plazo razonable*” desde que tuvo conocimiento de los defectos que se reclaman.

**56.** Como muy acertadamente razona el Tribunal Supremo, “*al tratarse de una máquina de la que se espera un resultado de funcionamiento, la falta de conformidad que consiste en el logro del rendimiento acordado, no podía ser descubierta de manera inmediata con la entrega, sin embargo, tras las dos pruebas de funcionamiento posteriores efectuadas con resultados no satisfactorios, ya sí que podía el comprador; y debía haberlo hecho, haber comunicado su falta de conformidad al respecto; continúa el Alto Tribunal diciendo que “el comprador, por tanto, perdió sus derechos”*”.

<sup>17</sup> United Nations, “Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, New York, 2016, ([www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG\\_Digest\\_2016.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf))

<sup>18</sup> LG München, 3 julio 1989 (Alemania) (PACE, traducción al inglés) (UNILEX): una notificación de la falta de conformidad de productos textiles realizada a los 8 días tras la entrega fue considerada razonable; LG Stuttgart, 31 agosto 1989 (Alemania) (PACE, traducción al inglés) (UNILEX): 16 días para denunciar defectos en los zapatos comprados fue considerado irrazonable; OLG Düsseldorf, 8 enero 1993 (Alemania) (PACE, traducción al inglés) (UNILEX), 7 días después de la entrega de pepinos frescos fue considerado irrazonable. Cour d’Appel de Grenoble, 13 septiembre 1995 (Francia) (PACE) (UNILEX): un mes para la denuncia de la falta de conformidad del queso vendido fue considerado razonable.

**57.** Es necesario poner de manifiesto que no hay que caer en el error de confundir el plazo que tiene el comprador para manifestar al vendedor su falta de conformidad con la mercancía así como la resolución del contrato con el plazo de prescripción de la acción para hacer valer su derecho ante los Tribunales.

**58.** Efectivamente, se trata de dos plazos distintos y que, además, implican consecuencias muy diferentes: el primero, como hemos explicado anteriormente, se regula, y muy detalladamente en la Convención de Viena, en su artículo 39 y su falta de observancia conlleva, como también se ha especificado, la desaparición del derecho del comprador, mientras que en el segundo supuesto, el comprador, actor en la demanda, tiene el derecho a reclamarlo, aunque se le “*ha pasado*” el plazo para invocarlo ante los Tribunales.

**59.** La prescripción no viene regulada específicamente como tal en la CVIM, por tanto, y tal y como se ha razonado al principio de este artículo, sería de aplicación la ley alemana sobre la misma<sup>19</sup>, sin embargo, y tal y como se establece en la sentencia aquí analizada, no hace falta entrar en su valoración, porque “*si ya desaparece el derecho del comprador, al no haberlo comunicado en el plazo establecido, ya no se puede invocar el mismo*”: es decir no es que “*haya prescrito la acción*”, es que no existe la misma al haber decaído el derecho que la sustenta.

**60.** En cuanto a la resolución del contrato, hay que destacar que el propósito de la Convención es el de la tendencia máxima al mantenimiento, vigencia y continuidad del mismo y solo en caso excepcional ocuparse de la resolución de los contratos.<sup>20</sup>

**61.** Sin embargo, como no siempre es posible la preservación contractual, resultaba indispensable regular los supuestos de incumplimiento, respecto de lo cual la Convención introdujo el vigoroso concepto del incumplimiento esencial del contrato, derivado de la noción conocida como “*fundamental breach of contract*” del Common Law que, básicamente, clasifica el incumplimiento del contrato de acuerdo con el grado de eficacia que puede representar respecto a la continuidad y vigencia del mismo.

**62.** En otras palabras, un incumplimiento será esencial en la medida en que frustre definitivamente las expectativas del contratante cumplido. Desde otra perspectiva, un incumplimiento no será esencial si existe alguna alternativa que permita la supervivencia del contrato.<sup>21</sup>

**63.** El recurrente, en el esfuerzo estéril de que prosperara su recurso, intentó hacer valer el argumento de que “*como hay defectos en la entrega de la mercancía, no se ha cumplido el contrato y, por tanto, tengo derecho a resolver el mismo*”, siendo el mismo inválido por la razón que a continuación se explica.

**64.** De entre las causas de resolución de contratos que se mencionan en la Convención, la que se relaciona con el supuesto que nos ocupa concretamente, viene amparada en su artículo 49, el cual, distingue entre la resolución contractual en caso de falta de entrega absoluta de la mercancía (no habiendo plazo de comunicación para el comprador en este caso) y la resolución contractual en la que el vendedor haya entregado las mercancías pero haya incurrido en incumplimiento de alguna de sus obligaciones, incluyendo, por tanto la entrega de mercaderías defectuosas o “*no conformes*” (que es lo que alega el demandante en este caso), y que sí estaría sometida a la obligación, conforme establece el artículo 39 de comunicarla en plazo, teniendo que poner de manifiesto por parte del comprador en dicho plazo que,

<sup>19</sup> El artículo 195 del nuevo Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) (Bundesgesetzblatt, 29 noviembre 2001) establece que el plazo ordinario o general de prescripción de las pretensiones en derecho alemán es de tres años.

<sup>20</sup> El incumplimiento del contrato y sus efectos y las sanciones por la inexecución son tratados por los artículos 45 a 52, 61 a 65 y 71 a 88 de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde el 1 enero 1988 y, para España, desde el 1 agosto 1991 (BOE núm. 26 de 30 enero 1991 y BOE núm. 282 de 28 noviembre 1996).

<sup>21</sup> *Vid.* (<http://www.isci.institute/es/herramientas-contratos-internacionales/analisis-del-convenio-de-viena-de-1980>)

para él la entrega de la mercancías en tales condiciones supone un “*incumplimiento esencial*”, y, que, por tanto solicita la resolución del contrato.

65. Acertadamente, el Tribunal en el supuesto enjuiciado, estima que no procede la resolución del mismo por dicha razón anteriormente detallada y al haber desestimado todos los motivos del recurso, consecuentemente, impone las costas al recurrente.

### III. Conclusiones

66. La importancia de la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 11 de Abril de 1980 radica en la enorme seguridad jurídica que proporciona al tráfico jurídico-económico mundial y, más concretamente a la compraventa internacional de mercaderías, ya que, al estar suscrita actualmente por sesenta países, ofrece cobertura y uniformidad a más de 2/3 de la población mundial, por lo que se erige al tiempo como instrumento de prevención de conflictos mercantiles y de clave jurídica para la solución de los mismos.

67. No existe conflicto real en la concurrencia de la aplicabilidad de la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías y la de otros Convenios o Reglamentos, como el “Reglamento de Roma I”, o el antiguo “Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales” de 19 de Junio de 1980 ó “Convenio de Roma”, primero por el “principio de especialidad” en Derecho Internacional Privado, que propugna la aplicabilidad de lo más específico sobre lo más genérico, y, además, porque tanto en éste último como en el “Reglamento de Roma” se especifica que los mismos no afectarán a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante pueda ser parte.

68. Como la Convención de Viena obliga al comprador que quiera denunciar algún defecto en la recepción de mercaderías en las compraventas internacionales por la misma amparadas, a ponerlo en conocimiento del vendedor en un “plazo razonable”, sería muy aconsejable que los eventuales compradores internacionales tuvieran muy en cuenta su deber de examinar la mercancía en cuanto les sea posible a fin de poder verificar su conformidad o no con la misma (tanto en cuestión de calidad, cantidad, integridad, cualidades básicas de producto, etc., como en aquellos otros aspectos no tan evidentes pero que también han de ser comprobados) y, además, de tener algún defecto, manifestar su disconformidad de manera *fehaciente* al vendedor, ya que sobre el primero recae la carga de la prueba de dicha comunicación.

69. Puesto que el principio general en la Convención de Viena es el de la “pervivencia de los contratos”, si la parte perjudicada pretende su resolución, ha de fundamentarla en un “incumplimiento esencial” de alguna de las obligaciones de la contraparte, y además, igual que en la conclusión anterior, al tener la carga de la prueba de su notificación previa a la otra parte, debería hacerlo de modo formal y que deje constancia y, además, lo antes posible desde que tuvo conocimiento de tal incumplimiento, para demostrar que lo hizo “en un plazo razonable”.

LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES  
EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE DISTRIBUCIÓN:  
EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO  
DE 25 DE MAYO DE 2020

SPANISH COURTS JURISDICTION IN INTERNATIONAL  
DISTRIBUTION CONTRACTUAL CLAIMS: THE AUTO COURT  
OF APPEAL OF ASTURIAS OF 25TH MAY 2020

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Pública de Navarra*  
ORCID ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido: 18.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6000>

**Resumen:** La Audiencia Provincial de Oviedo decide sobre la competencia judicial internacional y la competencia territorial en un litigio relativo a un contrato de distribución que debía ejecutarse en España. El juzgado de primera instancia se había declarado incompetente al haber entendido aplicable el art. 51 LEC por remisión del Reglamento Roma I. La Audiencia Provincial identifica la cuestión de Derecho Internacional Privado en la competencia judicial internacional y para resolver si el juzgado de Castropol es competente se plantea, en primer lugar, el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I bis. En segundo lugar, se califican los hechos para decidir sobre la aplicación al caso del art. 7.1, letra b RB I bis acudiendo a la interpretación realizada TJUE.

**Palabras clave:** competencia judicial internacional, competencia territorial, contrato de distribución, Reglamento Bruselas I bis.

**Abstract:** In a case concerning a distribution contract to be performed in Spain, the Court of Appeal of Asturias (Audiencia Provincial of Asturias) amends the decision of the first instance Court of Castropol to decline jurisdiction over a contractual claim on the ground that article 51 LEC should be applied as a consequence of Rome I Regulation. Dismissing this approach and considering that jurisdiction must be examined in the light of Brussels I Bis Regulation, the Court of Appeal carries out a twofold analysis: one focused on the scope of application of the BIR, and another on the applicability of the second paragraph of article 7(1)(b) BIR under the jurisprudence of the European Court of Justice.

**Keywords:** international jurisdiction, territorial jurisdiction, distribution contracts, Brussels I bis Regulation.

**Sumario:** I. Introducción. II. La identificación de la norma reguladora de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles a través del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis. III. Los conceptos autónomos del Reglamento en los litigios relativos a los contratos de distribución: la aplicación del art. 7.1, letra b, segundo guion al caso. 1. El concepto de contrato de prestación de servicios. 2. La determinación del lugar de prestación de los servicios. IV. Competencia judicial internacional y competencia territorial para los contratos de distribución. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La determinación de la competencia judicial internacional a través de la aplicación del Reglamento Bruselas I bis todavía parece una tarea complicada para ciertos órganos judiciales españoles. Una muestra de la dificultad en la aplicación de esta norma del sistema europeo de Derecho Internacional Privado es la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de mayo de 2020 que debe estimar el recurso de apelación planteado contra la estimación de la declinatoria de competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia de Castropol -solicitada por el demandado en un caso de un contrato de distribución internacional-.

2. La Audiencia Provincial corrige los errores básicos de Derecho Internacional Privado en los que se incurre en primera instancia al determinar su competencia judicial internacional aplicando normas sobre la ley aplicable (Reglamento Roma I) y sobre la competencia territorial (art. 51 LEC)<sup>1</sup>. Y en este sentido aclara explícitamente que la cuestión jurídica planteada no es la de determinar la ley aplicable al contrato sino la competencia judicial internacional para conocer de la controversia. Por eso, la Audiencia Provincial rechaza la aplicación del Reglamento Roma I y la referencia de la juzgadora en primera instancia al *lugar de cumplimiento de la prestación que sirve de base a la demanda* para determinar la competencia judicial. Asimismo, la Audiencia corrige la confusión de los conceptos de competencia territorial y competencia judicial internacional clarificando que el artículo 51 LEC no determina la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y no resulta aplicable al caso<sup>2</sup>.

3. La sentencia de 25 de mayo de 2020 se refiere al litigio planteado por una sociedad de nacionalidad española y con domicilio en Castropol (Asturias) contra una sociedad búlgara con domicilio en Sofía en relación a un contrato de distribución en España de mercancías fabricadas en Bulgaria. La demanda tiene por objeto, por un lado, la declaración de resolución unilateral e injustificada del contrato de distribución por parte de la empresa búlgara y, por otro lado, que se le condene al abono de una indemnización por clientela y por los daños y perjuicios por el lucro cesante causados por la falta de preaviso. Asimismo, se solicita la devolución de la cantidad satisfecha por la mercancía no entregada.

## II. La identificación de la norma reguladora de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles a través del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis.

4. Acertadamente la Audiencia -una vez identificada correctamente que es la competencia judicial internacional, la cuestión de Derecho internacional privado que se plantea en el supuesto- parte del objeto del litigio para determinar la norma de nuestro ordenamiento jurídico donde debe encontrar la respuesta. En efecto, tal y como ha establecido el TJUE reiteradamente, para decidir si los foros del Reglamento Bruselas I bis rigen la competencia judicial internacional, el juzgador europeo debe cuestionarse si el objeto del litigio entra en su ámbito de aplicación material<sup>3</sup>. Y así hace la Audiencia Provincial que examina la pretensión de la demanda para entender que se refiere a una relación de naturaleza contractual y, por tanto, incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I bis<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Esta norma incluida en el Capítulo II denominado “De las normas para determinar la competencia”, en la Sección 2, titulada “de la competencia territorial”, indica en su párrafo primero que *Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.*

<sup>2</sup> SAP Oviedo 25 mayo 2020, ECLI: ES:APO:2020:451A, FD 2º.

<sup>3</sup> STJUE 3 octubre 2012, *Schneider*, C-386/12, ECLI:EU:C:2013:633, Sobre el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I bis, véase P. ROGERSON, “Article 1”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation European Commentaries on Private International Law*, Ottoschmidt, Sellier, 2016, pp. 53-86, y A.L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (DIR), *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-Aranzadi, 2017, pp. 133 y ss.

<sup>4</sup> SAP Oviedo 25 mayo 2020, ECLI: ES:APO:2020:451A, FD 3º.

5. En segundo lugar, y, siguiendo el razonamiento lógico que debe realizarse en un litigio con elemento extranjero, una vez aclarado el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I bis, la Audiencia examina el ámbito de aplicación personal del Reglamento analizando el domicilio del demandado y las consecuencias resultantes de la aplicación de artículos 4.1 y 5.1 RB I bis. De la aplicación de esas dos disposiciones se deducen los foros de competencia judicial internacional que pueden justificar la competencia del juzgado de instancia en el caso. Así, entiende, como no podía ser de otro modo, que al tener el demandado su domicilio en un Estado miembro (Bulgaria) no puede alegarse contra él las normas procesales internas españolas. Así que en el caso analizado pueden aplicarse únicamente los foros del Reglamento para demandar ante los tribunales españoles a la empresa domiciliada en Sofía<sup>5</sup>. Como el demandado está domiciliado en un Estado miembro (Bulgaria), la competencia del juzgado de Castropol sólo puede fundarse, a falta de acuerdo de jurisdicción, en el art. 7.1 RB I bis<sup>6</sup>.

### III. Los conceptos autónomos del Reglamento en los litigios relativos a los contratos de distribución: la aplicación del art. 7.1, letra b segundo guion al caso.

6. Una vez delimitada la cuestión de Derecho Internacional Privado y la norma aplicable para darle solución, debe tratarse la correcta aplicación de los foros del Reglamento Bruselas I bis en el caso que nos ocupa.

La aplicación del foro específico para los litigios en materia contractual del artículo 7 RB I bis al caso debe realizarse en dos fases. La primera consiste en calificar el tipo de contrato (1) y la segunda determinar el lugar de prestación de los servicios (2).

#### 1. El concepto de contrato de prestación de servicios

7. Siendo evidente que la demanda sobre la que debe resolver la Audiencia Provincial tiene naturaleza contractual ya que la acción del demandante se refiere a una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra<sup>7</sup> la única opción que tenía el tribunal para decidir sobre la competencia judicial del Juzgado de Primera Instancia de Castropol, dado que no consta acuerdo de jurisdicción ni el litigio recae sobre materia relativa a las competencias exclusivas del art. 24 RBI bis, es aplicar el apartado primero del artículo 7 RB I bis.

8. Esta disposición tiene una estructura dividida en tres apartados, letras a, b y c, debiendo interpretarse, como bien hace la Audiencia, en primer lugar, si el supuesto puede incluirse en uno de los dos guiones de la letra b. Y ello es así porque el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que el foro previsto en la letra a se aplica de manera únicamente *alternativa y supletoria* de los previstos en los dos guiones de la letra b<sup>8</sup>.

De modo que sólo en caso de que no se pueda calificar el contrato como un contrato de compraventa o de prestación de servicios de la letra b debe el juzgador aplicar la letra a por remisión de la c del art. 7.1 RBI bis<sup>9</sup>. De manera que razona adecuadamente la Audiencia planteándose, en primer lugar, si

<sup>5</sup> SAP Oviedo 25 mayo 2020, ECLI: ES:APO:2020:451A, FD 3º.

<sup>6</sup> La materia objeto del litigio no es materia regulada por las competencias exclusivas del art. 24 RBI bis y no se deduce de los escritos intercambiados entre las partes que hayan acordado un tribunal para dirimir sus controversias.

<sup>7</sup> STJUE 14 marzo 2013, Česká spořitelna, C 419/11, EU:C:2013:165, apdos. 45 a 47, y de 28 enero 2015, Kolassa, C 375/13, EU:C:2015:37, apdos. 37 y 39).

<sup>8</sup> Citando únicamente las más recientes, véase STJUE 14 julio 2016, Granarolo, C 196/15, ECLI:EU:C:2016:559, apdos. 30 y 31 y STJUE 8 marzo 2018, Saey Home Garden NV- SA c. Máquinas e Accesorios Industriais S.A., C-64/17, ECLI:EU:C:2018:173, apdo. 24.

<sup>9</sup> La letra c indica que cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a) y esta última dice que una persona domiciliada en un Estado miembro puede ser demanda. 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.

el objeto del litigio puede incluirse en uno de los dos guiones del art. 7.1, letra b relativos a un contrato de compraventa y de prestación de servicios (FD 4º).

9. Este foro especial para los contratos no contiene una definición de contrato de compraventa ni de prestación de servicios, por lo que en el pasado surgieron dudas sobre su interpretación. La doctrina destacó la dificultad de determinar si debía aplicarse el primer o el segundo guion del art. 7.1, letra b RB I bis y realizó esfuerzos de identificación de criterios para la aplicación de uno u otro<sup>10</sup>.

10. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones del Reglamento deben interpretarse de manera autónoma, refiriéndose al sistema y los objetivos de éste<sup>11</sup>. La doctrina ha afirmado también la necesidad de esa noción autónoma e independiente de los conceptos manejados en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros<sup>12</sup>.

De modo que para la calificación del contrato en el que se basa la demanda la Audiencia acude, oportunamente, a las numerosas sentencias en las que se realiza la interpretación de la norma por el Tribunal de Justicia.

11. El Tribunal de Justicia ya ha indicado que, dado que en el art. 7.1, letra b primer guion del RB I bis ni en sus precedentes se define el concepto de contrato de prestación de servicios, esta disposición debe interpretarse *a la luz de la génesis, los objetivos y el sistema de dicho Reglamento*<sup>13</sup>.

El Tribunal ha establecido que hay partir de la obligación característica del contrato<sup>14</sup>. Asimismo, ha dejado claro el tribunal que el concepto de servicios implica que la parte que los preste debe llevar a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración<sup>15</sup>.

La sentencia *Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch* vino a clarificar esta exigencia para la aplicación del segundo guion de la letra b indicando que no es suficiente con la obligación de no hacer. Por tanto, para determinar la existencia de una actividad el Tribunal ha exigido la ejecución de actos positivos, excluyendo la simple abstención.

La Audiencia realiza en el fundamento jurídico cuarto el ejercicio de calificación del contrato sobre el que versa la demanda en atención a la jurisprudencia del TJUE. Aplicando la jurisprudencia *Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch* y la jurisprudencia posterior en la que se precisa que el concepto de «servicios», para los contratos de distribución comercial, implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en J. FORNER I DELAYGUA/C. GONZÁLEZ BEILFUSS/R. VIÑAS FARRÉ (COORDS.), *Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, p. 291, 299; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, 2012, pp. 91 y ss.; M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el reglamento 44”, *CDT*, 5,1, 2013, pp. 125-138; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR), *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-Aranzadi, 2017, pp. 313 y ss. y A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, 2017, p. 916.

<sup>11</sup> STJUE 16 enero 2014, *Kainz*, C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, apdo. 19 y STJUE 10 septiembre 2015, *Ferho*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, apdos. 62-65, entre otras.

<sup>12</sup> P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation European Commentaries on Private International Law*, Otto Schmidt, Sellier, 2016, pp. 121-369, esp. p. 198. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR), *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-Aranzadi, 2017, pp. 313-

<sup>13</sup> STJUE 13 julio 2006, *Reisch Montage*, C-103/05, ECLI:EU:C:2006:47, apdo. 29; STJUE 14 diciembre 2006, *ASML*, C-283/05, ECLI:EU:C:2006:787, apdos. 16 y 22, y STJUE 3 mayo 2007, *Color Drack*, C-386/05, ECLI:EU:C:2007:262, apdo. 18 y STJUE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch y Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07 ECLI:EU:C:2009:257, apdo. 21.

<sup>14</sup> STJUE 25 febrero 2010, *Car Trim*, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 y STJUE 15 junio de 2014, *Kareda*, C-249/16, ECLI:EU:C:2017:472.

<sup>15</sup> STJUE 15 junio 2017, *Kareda*, C-249/16, ECLI:EU:C:2017:472, apdo. 35.

<sup>16</sup> STJUE de 14 de julio de 2016, *Granarolo*, C 196/15, ECLI:EU:C:2016:559, apdo. 37 y jurisprudencia citada. Y STJUE de 15 de junio de 2017, *Kareda*, C-249/16, ECLI:EU:C:2017:472, apdo. 35. STJUE 19 diciembre 2013 *Corman-Collins*,

12. El Tribunal ha precisado también que para los contratos de concesión la prestación característica es la ejecutada por el concesionario *quien al llevar a cabo la distribución de los productos del concedente toma parte en el desarrollo de su difusión*<sup>17</sup>.

13. En cuanto a la remuneración, **cuestión en la que no entra la Audiencia**, el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación laxa al entender que no es necesario que esta se haga mediante el pago de una cantidad dineraria sino que es suficiente que se conceda al distribuidor una ventaja competitiva al otorgársele, por ejemplo, la exclusividad o beneficiarse de la publicidad, de los conocimientos técnicos, de acciones de formación o de facilidades de pago<sup>18</sup>.

Por tanto, se puede afirmar hoy día que existe jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que considera los contratos de distribución exclusiva cubierto por el segundo guion de la letra b del art. 7.1 RB I bis y que debe darse por superada la polémica doctrinal sobre la interpretación de la disposición<sup>19</sup>.

14. La Audiencia, después de hacer referencia a la jurisprudencia anterior que configura la interpretación del art. 7.1 RB I bis hace mención escasa a los hechos relativos a las obligaciones asumidas por las partes en el contrato y, en cambio, desarrolla la configuración del contrato de distribución en nuestro ordenamiento jurídico (FD 5º). Quizás la razón pueda encontrarse en la dificultad de averiguar las concretas prestaciones a realizar por el distribuidor en España al tratarse de un contrato verbal y disponer, tan solo, de ciertas comunicaciones intercambiadas por los contratantes que hacen referencia a la obligación del demandante de distribuir las bebidas adquiridas en España.

## 2. La determinación del lugar de prestación de los servicios

15. La interpretación del Tribunal de Justicia de la norma ha exigido como requisito para su aplicación que el lugar de la prestación de los servicios pueda determinarse, consagrando una interpretación autónoma del *concepto de lugar de cumplimiento* hasta tal punto que si en el caso no puede determinarse éste la disposición no debe aplicarse<sup>20</sup>.

16. El Tribunal de Justicia ha establecido que el lugar de prestación de los servicios puede determinarse con cierta flexibilidad y así, en un caso de indemnización por la resolución de un contrato de concesión mercantil, es el del Estado miembro en el que se encuentra el lugar de prestación principal de los servicios, *según se desprenda de las cláusulas del contrato, o, a falta de tales cláusulas, el del cumplimiento efectivo del contrato o, cuando sea imposible determinarlo sobre tal base, el del domicilio del prestador*<sup>21</sup>.

---

C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860, apdo. 38 y STJUE de 8 marzo 2018, *Saey Home & Garden NV/SA c. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA*, C-64/17, apdo. 39.

<sup>17</sup> STJUE 19 diciembre 2013 *Corman-Collins*, C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860, apdo. 38 y STJUE de 8 marzo 2018, *Saey Home & Garden NV/SA c. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA*, C-64/17, apdo. 39.

<sup>18</sup> STJUE 19 diciembre 2013 *Corman-Collins*, C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860, apdo. 39 y 40 y STJUE de 8 marzo 2018, *Saey Home & Garden NV/SA c. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA*, C-64/17, apdo. 40.

<sup>19</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro contractual del RB I”, *La Ley UE*, nº 13, 2014, p. 37; CEBRIÁN SALVAT, M.A., “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el reglamento 44”, *CDT*, 5,1, 2013, p. 125.

<sup>20</sup> STJUE 19 febrero de 2002, *Besix*, C-256/00, ECLI:EU:C:2002:99, apdo. 36 y la jurisprudencia anterior citada. DE MIGUEL ASENSIO, P., “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en FORNER I DELAYGUA, J./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./VIÑAS FARRÉ, R. (COORDS.), *Liber amicorum Alegría Borrás, Marcial Pons*, 2013, pp.302-304.

<sup>21</sup> Para el caso de que la comercialización de productos debiera producirse en el mercado nacional de un tercer Estado, STJUE de 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger*, C-19/09, ECLI:EU:C:2010:137, y STJUE 8 marzo 2018, *Saey Home Garden NV- SA c. Máquinas e Acessórios Insustriais S.A.*, C-64/17, ECLI:EU:C:2018:173, apdo. 45 y MORENO SÁNCHEZ-MORALED A, A. “La determinación de la competencia judicial internacional en un contrato de prestación de servicios

Como reflejo de esa flexibilidad, en las sentencias más recientes dictadas, el Tribunal, para garantizar la proximidad entre el litigio y el órgano jurisdiccional, averigua si el lugar de comercialización de los productos coincide o no con el del establecimiento de alguna de las partes en el contrato<sup>22</sup>.

Por tanto, no existiendo duda respecto del Estado miembro en el que debía lugar de prestación de los servicios en el caso resuelto por la Audiencia y siendo España también el lugar del domicilio del prestador, puede concluirse que este lugar garantiza el *vínculo de conexión más estrecho* entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente. Por ello, la Audiencia atribuye competencia acertadamente al Juzgado de Instancia de Castropol.

**17.** Como resultado de la aplicación del segundo guion del art. 7.1, letra b RBI bis al caso se debe considerar competente al tribunal del lugar del Estado miembro en el que se deben prestar los servicios, resultando irrelevante el lugar donde debieran cumplirse las concretas obligaciones litigiosas. Por tanto, resultaría irrelevante el lugar del pago de la indemnización solicitada en la demanda.

**18.** La correcta aplicación de la norma requiere, asimismo, la consideración del lugar de prestación de los servicios como un dato fáctico, no una cuestión jurídica. En virtud de la literalidad de la norma, este lugar debe ser el pactado por las partes en el contrato y de los datos que constan en el auto comentado relativos a las comunicaciones entre las partes se deduce que la demandante distribuía las mercancías en España, por lo que resulta evidente la atribución de competencia a los tribunales españoles. Sin embargo, la Audiencia se hace eco de la doctrina sentada por el TJUE conforme a la cual, si las partes no han pactado el lugar de prestación de los servicios, debe tenerse en cuenta el lugar donde se han prestado *efectivamente*, o *de facto*, los servicios. Esta doctrina ya establecida por el Tribunal de Justicia en el caso *Ferho*<sup>23</sup>, ha sido confirmada por la sentencia *Saey Home Garden NV*. La aplicación por la Audiencia del lugar *del cumplimiento efectivo del contrato o, cuando sea imposible determinarlo sobre tal base, el del domicilio del prestador*<sup>24</sup> le permite atribuir competencia al Juzgado de Primera Instancia de Castropol, lugar del domicilio del distribuidor de las mercancías y demandante en el litigio.

#### **IV. Competencia judicial internacional y competencia territorial para los contratos de distribución**

**19.** El auto analizado pone de manifiesto también la necesidad de diferenciar dos conceptos básicos en Derecho Internacional Privado que han sido confundidos en instancia; la noción de competencia judicial internacional no debe equivocarse con la de competencia territorial. Esa diferencia ha sido señalada desde tiempo inmemorial por la doctrina de Derecho Internacional Privado<sup>25</sup>.

**20.** Esta diferenciación debe realizarse también en los litigios relativos a los contratos internacionales de distribución en los que debe determinarse tanto la competencia judicial internacional y la territorial.

---

entre Estados miembros. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 8 de marzo de 2018. Caso *Saey Home & Garden NV/SA* contra *Máquinas e Acessórios Industriais, S.A.*”, *Revista de Derecho Patrimonial* num.46/2018, ECLI:EU:C:2018:173

<sup>22</sup> STJUE de 8 marzo 2018, *Saey Home & Garden NV/SA c. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA*, C-64/17, ECLI:EU:C:2018:173.

<sup>23</sup> STJUE de 10 septiembre 2015, *Ferho*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, apdos. 62-65.

<sup>24</sup> STJUE de 8 marzo 2018, *Saey Home & Garden NV/SA c. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA*, C-64/17, ECLI:EU:C:2018:173, apdo. 47.

<sup>25</sup> CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, 2018, pp. 143-146 y *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 2020, p. 42.

La Audiencia repasa la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, interpretando el artículo 7.1, letra b indica que es un foro de competencia tanto internacional como territorial<sup>26</sup>. En el caso *Besix* se establece que la aplicación de esta disposición debe designar al juez territorialmente más idóneo para conocer de un concreto litigio ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica<sup>27</sup>.

En la misma línea, en el caso, *Kareda*, el Tribunal afirma que la norma debe interpretarse en el sentido de que, cuando una entidad de crédito ha concedido un préstamo a dos codeudores solidarios, el «lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios», a efectos de este precepto, es, salvo pacto en contrario, el del domicilio de la entidad, y asimismo lo es a efectos de determinar la competencia territorial del órgano jurisdiccional que haya de conocer de la acción de repetición entre dichos codeudores<sup>28</sup>. El Tribunal afirma, asimismo, que de los objetivos de previsibilidad, unificación y recta administración de justicia se deriva que la interpretación del lugar de prestación de los servicios lo es también a la hora de determinar la competencia territorial<sup>29</sup>.

**21.** La Audiencia acude muy correctamente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Color Drack* en un caso de compraventa de mercancías a entregar en diversos lugares dentro de un mismo Estado miembro. Al aplicar el primer guion del art. 5.1 de la letra b, el Tribunal de Justicia afirma que dicha disposición *determina tanto la competencia internacional como la territorial, esta disposición tiene por objeto unificar las reglas de conflicto de jurisdicción y, por consiguiente, determinar directamente el foro competente sin realizar una remisión a las reglas internas de los Estados miembros*<sup>30</sup>. En el caso *Color Drack* y el resuelto por la Audiencia Provincial de Oviedo coincidía que el domicilio social de una de las partes –demandado en el primero y demandante en el segundo- se encontraba en la demarcación del tribunal ante el que se había planteado la demanda<sup>31</sup>.

La Audiencia concluye, como no podía ser de otro modo, que el segundo guion es un foro de competencia tanto internacional como territorial, de modo que no es necesario acudir a las normas internas de los Estados miembros (en nuestro caso el art. 51 LEC) para determinar el tribunal competente.

**22.** En el caso que nos ocupa, la solución aplicada por la Audiencia responde a un objetivo de proximidad, motivada por la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo tal y como exige el Tribunal de Justicia en el caso *Color Drack*<sup>32</sup>.

## Conclusiones

**Primera:** Los errores cometidos por el Juzgado de Primera Instancia de Castropol afectan al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva ya que ocasionan que se declare incompetente. De no haberse corregido la errónea aplicación de los conceptos y de las normas europeas de Derecho Internacional Privado por la Audiencia se hubiera obligado al demandante domiciliado en España, en un litigio relativo a un contrato que se ejecutó en España a acudir a los tribunales búlgaros a reclamar sus derechos. Este caso refleja que, con el fin de no incurrir en denegación de justicia, continúa siendo necesario incidir en el aprendizaje de los conceptos básicos de Derecho Internacional Privado y en la adecuada aplicación de sus normas de origen internacional.

<sup>26</sup> Por tanto, en España no debe aplicarse el art. 51 LEC, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (DIR), *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-Aranzadi, 2017, p. 300.

<sup>27</sup> STJUE 19 febrero de 2002, *Besix*, C-256/00, ECLI:EU:C:2002:99, apdo. 35.

<sup>28</sup> STJUE de 15 junio de 2017, *Kareda c. Benkö*, C-249/16, ECLI:EU:C:2017:472, apdos. 44 y 46.

<sup>29</sup> *Ibidem*, apdo. 46.

<sup>30</sup> STJUE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*, C-386/05, ECLI:EU:C:2007:262, apdo. 30. En este caso se trataba de un litigio relativo a un contrato de compraventa y se analizó, por tanto, la aplicación del primer guion del art. 7.1. letra b del Reglamento 44/2001 pero sus afirmaciones son trasladables al contrato de prestación de servicios en el Reglamento vigente.

<sup>31</sup> STJUE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*, C 386/05, ECLI:EU:C:2007:262, apdo. 10.

<sup>32</sup> *Ibidem*, apdo. 22.

**Segunda:** La interpretación realizada por la Audiencia del artículo 7.1, letra b RB I bis y su aplicación al caso respeta los principios de interpretación restrictiva y la garantía de la previsibilidad y protección del demandado como exige el TJUE.

**Tercera:** La sociedad demandada con domicilio en Bulgaria debe asumir el riesgo de la internacionalidad y defenderse ante los tribunales españoles, tribunales del lugar de distribución de las mercancías objeto del contrato, que debe ser considerado un foro previsible. La aplicación del art. 7, apartado primero RB I bis realizada por la Audiencia Provincial al caso cumple, por tanto, con los objetivos del Reglamento de previsibilidad y proximidad del tribunal con el litigio.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL  
ES CLARA: SOLICITAR LA RENOVACIÓN DEL PASAPORTE  
ESPAÑOL ANTE EL CONSULADO ES INDICATIVO DE LA  
VOLUNTAD DE CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD  
ESPAÑOLA (NOTAS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2020)

THE JURISPRUDENCE OF THE SPANISH SUPREME COURT  
IS CLEAR: REQUESTING THE RENEWAL OF THE SPANISH  
PASSPORT AT THE SPANISH CONSULATE IS INDICATIVE  
OF THE WILL TO CONSERVATE THE SPANISH NATIONALITY  
(NOTES TO THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT  
OF JUNE 1, 2020)

LERDYS S. HEREDIA SÁNCHEZ

*Profesora Ayudante de Derecho internacional privado*

*Universidad Miguel Hernández de Elche*

ORCID: 0000-0003-1092-8868

Recibido: 25.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6001>

**Resumen:** El presente comentario se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 1 de junio de 2020, por la que se resuelve un recurso de casación que trae como base la aplicación del artículo 24.3 del Código Civil, en cuanto a la causa de pérdida de la nacionalidad española de los nacidos en el extranjero de progenitor español también nacido fuera de España, por falta de declaración de conservación. Esta sentencia va en la misma línea que su antecesora, la dictada por el alto tribunal, el 19 de diciembre de 2019, y que ha venido a allanar el camino para evitar la pérdida de la nacionalidad a los españoles nacidos en el extranjero, al entender que con la mera solicitud de la renovación del pasaporte, se cumple con lo dispuesto en nuestro Código Civil.

**Palabras clave:** nacionalidad española, declaración de conservación, renovación de pasaporte, solicitud de conservación, pérdida de la nacionalidad.

**Abstract:** This paper analyzes the Spanish Supreme Court Judgment of June 1, 2020, which resolves an appeal in cassation based on the application of Article 24.3 of the Civil Code regarding the cause of loss of Spanish nationality for those born abroad to a Spanish parent who was also born outside of Spain, due to the lack of a declaration of retention of Spanish nationality. This ruling is in line with its predecessor, the one issued by the Supreme Court on December 19, 2019, which has opened the way for avoiding the loss of nationality to Spaniards born abroad, since it is understood that by merely applying for a passport renewal, the provisions of our Civil Code are complied with.

**Keywords:** lost of nationality, Spanish nationality, passport renewal, Spanish Supreme Court Judgment.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los antecedentes de hecho y la decisión que da lugar al recurso de casación. III. Algunas consideraciones sobre la causa de pérdida de la nacionalidad española por ausencia de declaración de conservación de la nacionalidad, cuando se trata de españoles nacidos en el extranjero de progenitores nacidos fuera de España. IV. Valoración global de la doctrina del Tribunal Supremo español para evitar la pérdida de la nacionalidad española de los españoles de origen nacidos en el extranjero, de acuerdo con el artículo 24.3 del Código Civil. V. Comentario final.

## I. Introducción

1. Es objeto del presente comentario la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2020<sup>1</sup> (en adelante, STS) que da continuidad a la interpretación flexible del artículo 24.3 del Código Civil (en adelante, CC) introducida por la STS 696/2019, de 19 de diciembre de 2019<sup>2</sup> y que ha venido a dejar sentadas las bases para evitar la pérdida de la nacionalidad española de origen a los españoles nacidos en el extranjero, de progenitor español y que también ha nacido fuera de España.

2. El tema que aborda esta sentencia ha ganado un gran protagonismo jurídico en este último año, ya que el *status quo* sobre el que descansaba la doctrina administrativa desde el año 2002 (vinculando la declaración formal de conservar la nacionalidad española ante autoridad registral, para no perderla, por parte de quienes siendo españoles de origen y habiendo nacido en el extranjero venían obligados a ello) se ha visto removido en sus cimientos por la flexibilidad que ahora se acepta a partir del hecho *social y habitual*, que supone la solicitud de renovación del pasaporte español ante las autoridades consulares españolas en el extranjero; entendiéndose que esta acción comporta de manera inequívoca la intención de la persona solicitante de querer ser española. Así, el TS invita a los operadores jurídicos a estudiar desde otra perspectiva, el Derecho español de la nacionalidad y a interpretar de manera flexible la exigencia recogida en el CC.

3. Para desarrollar estas notas se analizan, en primer lugar, los antecedentes de hecho y la decisión que da lugar al recurso de casación resuelto por la STS (II); a continuación, se realizan algunas consideraciones sobre la causa de pérdida de la nacionalidad española por ausencia de declaración de conservación de la nacionalidad, cuando se trata de españoles nacidos en el extranjero de progenitores nacidos fuera de España, la cual fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2002 (III); para, posteriormente, realizar algunas consideraciones acerca de la renovada interpretación del artículo 24.3 CC en torno a esta causa de pérdida de la nacionalidad española (IV); y por último, unas breves consideraciones finales, a modo de conclusión (V).

## II. Los antecedentes de hecho y la decisión que da lugar al recurso de casación

4. Los hechos que dan lugar a la interposición del recurso de casación que resuelve la STS analizada son los siguientes: el recurrente, nacido en Bogotá (Colombia), hijo de madre española también nacida en Colombia, obtuvo en el año 2007 su pasaporte español, expedido por el Consulado General de España en Bogotá, con validez hasta el 22 de abril de 2012 y en el propio año 2012 el mismo Consulado renovó el pasaporte con fecha de expiración el 10 de abril de 2017.

Sin embargo, el 7 de septiembre de 2012, el Consulado General requirió al recurrente para que devolviera el pasaporte expedido en abril de ese mismo año (tras la segunda renovación) y el Encargado del Registro Civil Consular inició el expediente para declarar la pérdida de la nacionalidad española. Con fecha 18 de julio de 2013 acuerda la inscripción de la pérdida de la nacionalidad española en el acta de nacimiento del interesado, en virtud del artículo 24.3 CC, al considerar que el mismo había hecho uso exclusivo de la nacionalidad colombiana, sin formular declaración expresa de conservación de la nacionalidad española.

<sup>1</sup> STS 1539/2020 - ECLI: ES:TS:2020:1539.

<sup>2</sup> STS 4072/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4072.

5. El interesado presenta recurso contra dicha resolución ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) –actualmente renombrada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública- que desestima el recurso interpuesto y confirma la resolución impugnada, la cual es impugnada en sede judicial y da lugar a dos pronunciamientos totalmente contradictorios: el primero, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estima la demanda (en adelante, SJPI) y revoca la resolución de la DGRN, reconociendo la nacionalidad española de origen del recurrente; mientras que por el otro lado, la Audiencia Provincial (en adelante, AP) -en contra del criterio de la Fiscalía- revoca la SJPI en apoyo de los argumentos del Abogado del Estado en la línea inflexible que alude a que para no perder la nacionalidad española, la declaración exigida por el artículo 24.3 CC debe ser expresa y necesariamente ante el Encargado del Registro Civil y, por tanto, que no puede tenerse como tal declaración la solicitud de renovación de pasaporte.<sup>3</sup>

6. En síntesis, son éstos los datos fácticos y jurídicos que ponen sobre el tapete, una vez más, la actuación controvertida del Consulado Español en Colombia, con respecto a la exigencia “mecánica” del requisito previsto por el artículo 24.3 CC a efectos de evitar la pérdida de la nacionalidad española de los españoles nacidos en el extranjero, descendientes de españoles también nacidos en el extranjero y avalada por la DGRN de forma reiterada en base a una errónea interpretación de lo dispuesto en la citada norma del CC, lo que conlleva a entender que se realice por los interesados “una expresa declaración de voluntad de conservar la nacionalidad española” ante el encargado del Registro Consular, y que en el caso de que no lo haga “la pérdida de la nacionalidad se produce siempre de pleno derecho”.<sup>4</sup>

### **III. Algunas consideraciones sobre la causa de pérdida de la nacionalidad española por ausencia de declaración de conservación de la nacionalidad, cuando se trata de españoles nacidos en el extranjero de progenitores nacidos fuera de España**

7. La ley 36/2002 de modificación del CC en materia de nacionalidad<sup>5</sup> introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una nueva causa de pérdida de la nacionalidad española a través del citado apartado 3 del artículo 24 CC, de cuyo tenor literal se hace depender el mantenimiento de la condición de español de origen a la “declaración expresa de conservación” ante el encargado del Registro Civil en un plazo de 3 años, contados desde la mayoría de edad, o de la emancipación, a quienes habiendo nacido en el extranjero, de progenitores españoles también nacidos en el extranjero, quieran conservar la nacionalidad española.

La finalidad, que no es expresa, pero que se infiere de su literalidad, es de la evitar la perpetuación de estirpes indefinidas de descendientes de españoles en el extranjero, con la consecuencia de que continúen siendo españoles, aunque no mantengan ninguna vinculación con España, e incluso –en mu-

---

<sup>3</sup> Se da la circunstancia práctica de que en el caso del Consulado español en Colombia, la organización consular interna de España atribuye a una Sección diferente de la encargada del Registro Civil, la expedición de pasaportes. Cuestión que es puesta de manifiesto en el apartado 4 de los antecedentes de hecho de la STS y que el juzgador de la AP utiliza como argumento para entender que no se produce negligencia alguna en la actuación del personal consular, cuestión ésta en la que -como veremos más adelante- entra el TS en sus razonamientos a favor de la estimación del recurso.

<sup>4</sup> Son abundantes los ejemplos de la asentada doctrina administrativa que durante años ha ido generando la DGRN -desacertada en muchos casos- y con disímiles resoluciones que encuentran su fundamento en las más variadas consideraciones, destacando especialmente los relativos a españoles nacidos en Colombia y Brasil. *Vid* por todas, sendas RDGRN de 3 de marzo de 2017 (hermanos nacidos en Porto Alegre, Brasil, hijos de española también nacida en Brasil); RDGRN de 15 de 17 de 2017 (señor nacido también en Porto Alegre, Brasil); RDGRN de 12 de septiembre de 2013 (señor nacido en Uruguay); RDGRN de 12 de enero de 2008 (mujer argentina a quien corresponde contar el plazo a partir de los 21 años por ser esa la edad fijada en Derecho argentino para alcanzar la mayoría de edad); RDGRN de 17 de junio de 2019 (mujer colombiana que incluso durante parte de su niñez residió en España, aunque nació en Colombia al igual que sus padres); RDGRN de 30 de abril de 2015 (señor colombiano nacido allí, de padre español también nacido en Colombia); entre otras muchas.

<sup>5</sup> BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002.

chos casos- sin saber que son españoles. En definitiva, esta modificación supuso el “rescate” del antiguo artículo 26 CC, en la redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954.<sup>6</sup>

Con anterioridad a su promulgación se había criticado la ausencia de una norma que impidiera que los nacidos en países iberoamericanos en tales condiciones únicamente pudieran perder la nacionalidad española mediante su renuncia expresa, así como que sus hijos y sucesivos descendientes, mientras no sobreviniera la renuncia, serían igualmente españoles.<sup>7</sup>

8. Con la introducción en el año 2002 del artículo 24.3 CC se estableció un importante obstáculo –como apunta VELA TORRES– para dichas situaciones, pues al exigir a los nietos de emigrados españoles, de la segunda generación nacida en el país de acogida, una declaración de voluntad dentro de un plazo concreto para no perder la nacionalidad, implica la pérdida *ex lege* si no se realiza esa declaración, sin embargo, y en contraposición, los hijos de los emigrantes nacidos fuera de España, quedan excluidos de esta institución.<sup>8</sup>

9. Siguiendo el análisis de este supuesto de pérdida de la nacionalidad española realizado por CARRASCOSA GONZÁLEZ, podemos fijar los siguientes requisitos para que dicha pérdida se produzca: el progenitor del individuo debe ser español, nacido en el extranjero; las leyes del país donde reside el individuo le han de atribuir su nacionalidad; el individuo ha de haber nacido en el extranjero y debe residir en el extranjero; y por último, la declaración ha de realizarse en el plazo de 3 años contados desde la emancipación o la mayoría de edad. Todos los cuales, se dan en el supuesto de autos que da lugar al pronunciamiento de casación.<sup>9</sup>

10. En torno a esta exigencia legal del artículo 24.3 CC es necesario destacar dos cuestiones: la primera, en cuanto a quién debe ser la autoridad encargada de practicar la mencionada inscripción; y la segunda, a qué hace referencia la forma solemne en la que tal manifestación de conservación ha de realizarse.

En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda de que esta competencia recae sobre el Encargado del Registro Civil en el que consta el nacimiento del interesado, quien debe calificar y decidir si se cumplen o no los requisitos para que se produzca la pérdida y, en consecuencia, proceder a la inscripción de la misma.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Ley de 15 de julio de 1954 por la que se reforma el Título Primero del Libro Primero del Código Civil, denominado “De los españoles y extranjeros”, BOE núm. 197 de 16 de julio de 1954.

<sup>7</sup> Era ésta una de las críticas dirigidas por un autorizado sector doctrinal a la regulación de la pérdida de la nacionalidad contenida en el artículo 24 CC, en la redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, pues, tratándose de países iberoamericanos o alguno de los que citaba el artículo 24 CC, el no emancipado nunca incurría en causa de pérdida y al llegar a la emancipación, al no regir la doctrina del asentimiento voluntario, sólo su renuncia expresa provocaba la pérdida, y los hijos y sucesivos descendientes, mientras no sobreviniera su renuncia, serían igualmente españoles. La doctrina es abundante en este tema, pero merece destacar, en particular, el interesante estudio que aborda los problemas prácticos en materia de nacionalidad y la actuación del Registro Civil en España realizado por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas del Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Ediciones GPS, Madrid, 2015, pp. 245-269; con anterioridad, la misma autora abordó el análisis de esta figura en su obra *Id, Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Aranzadi, Madrid-Navarra, 2008, pp. 119-120.

<sup>8</sup> *Vid* P. VELA TORRES, “Sentencia del Pleno de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo n.º 696/2019, de 19 de diciembre”, *Diario La Ley*, Nº 9584, Sección Jurisprudencia, 2 de Marzo de 2020.

<sup>9</sup> *Vid* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad. Estudio práctico*, Comares, Granada, 2011, p. 219. El autor hace referencia a otras dos cuestiones cuando analiza los requisitos exigidos: por un lado, al hecho de que el precepto no distingue el tipo de filiación -biológica o adoptiva- entre el individuo y el progenitor español; lo que no puede ser de otro modo ya que para el Derecho español los hijos son iguales ante la Ley, con independencia del vínculo filial que les una a sus padres; y por otro lado, el autor hace referencia al requisito de aplicación temporal de la normativa, que al no tener carácter retroactivo, se produciría a partir de la entrada en vigor, la cual tuvo lugar el 9 de enero de 2003.

<sup>10</sup> Tal y como es analizado por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas del Registro Civil y problemas frecuentes en ...op cit*, p. 262; y también por C. PARRA RODRÍGUEZ/M. GIMÉNEZ BACHMAN, (Dirs.), *Nacionalidad y extranjería*, Huygens, Barcelona, 2016, pp. 71-72; E. FERNANDEZ MACIÁ (Dir)/ AA.VV, *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp.53-54; A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir)/ L. HEREDIA SÁNCHEZ (Coord.), *Manual práctico orientativo de Derecho de la Nacionalidad*, Aranzadi, Navarra, pp.113-114.

Con respecto a la segunda, las formalidades exigidas a dicha declaración -y en lo que hoy se centra el TS con una visión mucho más flexible- se exige que la misma ha de ser formulada en el plazo de 3 años contados desde la emancipación, si la hubiera, o bien desde la mayoría de edad. Ello implica que la persona interesada ha de cumplimentar y firmar un impreso que, en la práctica, se pone a disposición de los nacionales españoles al efecto de dejar constancia expresa y por escrito de la *voluntad de conservación de la nacionalidad española*, de cuyo contenido se deriva la inscripción marginal realizada por el Encargado del Registro Civil y cuya consecuencia jurídica más inmediata es el reconocimiento de un supuesto de plurinacionalidad a favor de esta persona, una vez que acceda al Registro Civil, dotando de efectos constitutivos a dicha inscripción.<sup>11</sup>

Como ahora veremos, es esta cuestión -la de carácter formal- la que ha puesto de relieve la necesidad de adaptar los criterios interpretativos del artículo 24.3 a unas líneas más flexibles, prácticas y respetuosas con la ciudadanía española de origen.

**11.** Antes de entrar al siguiente epígrafe de estas notas, es de obligatorio trámite (aludiendo a los términos procesales) dejar constancia de la crítica a la normativa española que establece las causas de pérdida de la nacionalidad. No es fácil de entender el sentido de esta causa de pérdida de la nacionalidad española de origen -la del artículo 24.3 CC- porque genera discriminación entre españoles de origen.

Ello se explica cuando constatamos la disparidad que causa el propio artículo 24 CC al distinguir entre hijos de españoles de origen, nacidos de padres nacidos en España cuyos hijos conservarán la nacionalidad española, a no ser que usen “exclusivamente” otra nacionalidad ya atribuida antes de la emancipación o de la mayoría de edad, en cuyo caso seguirán conservando la nacionalidad española como regla general.

Sin embargo, los hijos nacidos en el extranjero de padres nacidos también en el extranjero, perderán “en todo caso” la nacionalidad española si no formulan la declaración de conservación antes comentada.

**12.** El resultado es claro: ciudadanos de origen de primera y ciudadanos de origen de segunda porque así lo ha decidido el legislador, cuando quizás basta con englobar en un solo supuesto la conexión entre el español residente en el extranjero que ostente desde la minoría de edad otra nacionalidad, y quiera conservar la española, que así lo manifieste; con ello desaparecería la discriminación con la que hoy nos encontramos por el sólo hecho evitar la perpetuación de la estirpe española por el mundo.<sup>12</sup>

#### **IV. Valoración global de la doctrina del tribunal supremo español para evitar la pérdida de la nacionalidad española de los españoles de origen nacidos en el extranjero**

**13.** Con respecto a la aplicación del artículo 24.3 CC, el TS se plantea nuevamente si la declaración de conservar la nacionalidad debe ser expresa y en concreto -en relación con el caso enjuiciado- si la solicitud de renovación del pasaporte dirigida al Consulado Español en Colombia tiene tal significado; cuestión que ya no es nueva para el juzgador, por lo que para resolver este asunto, trae a colación la STS 696/2029, de 19 de diciembre, que ha abierto la puerta al nuevo escenario que hoy tenemos.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Así lo entiende la doctrina española de forma generalizada considerando que esta inscripción tiene un carácter obligatorio. *Vid* por todos, M. PEÑA, “De los españoles y los extranjeros”, en M. ALBADALEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Jaén, Tomo 1, p. 749; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas...op cit*, p. 263; J. PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Aguilar, Madrid, 1962, p. 608. En sentido contrario, al considerar que el efecto es meramente declarativo de una situación jurídica que ya existe, *Vid* J. M. ESPINAR VICENTE/ M. GUZMÁN PECES, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 102.

<sup>12</sup> Resulta difícil encontrar apoyo a esta idea en la doctrina, al menos de forma expresa y por escrito, por lo que merece destacar el análisis que en esta misma línea realizan J. M. ESPINAR VICENTE/ M. GUZMÁN PECES, *La nacionalidad y la ...op cit*, p. 102.

<sup>13</sup> *Vid* los comentarios realizados a esta sentencia por C. PÁRAMO DE SANTIAGO, “Nacionalidad española de origen: pérdida y conservación. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2019”, *Revista CEF Legal*, 230, marzo 2020, pp. 93-98

14. Está claro para el TS que de la lectura del citado artículo no se desprende formalidad específica para formular la declaración de conservación de la nacionalidad española, lo que implica que no está sujeta a una forma solemne y, de acuerdo con la teoría general de las declaraciones de voluntad, en ausencia de norma que imponga determinada solemnidad, no se ve inconveniente para admitir que la voluntad se manifieste de manera indirecta a través de un comportamiento concluyente.

En el caso litigioso, el demandante compareció ante el Consulado para solicitar la renovación de su pasaporte dentro del plazo de 3 años previsto en el artículo 24.3 CC y si bien formalmente no declarara de manera expresa y directa su voluntad de conservar la nacionalidad española, hay que reconocer que su solicitud de renovación de pasaporte debe ser tenida como tal (y no una vez, sino en dos ocasiones) en atención a lo que significa habitual y socialmente en este ámbito la tenencia del pasaporte.

15. En este ámbito, nos recuerda que sólo los españoles tienen derecho a que se les expida un pasaporte y, puesto que se trata del documento que acredita la nacionalidad de los españoles fuera de España (conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de seguridad ciudadana<sup>14</sup>) con carácter “público, personal e intransferible”, no puede negarse a su petición el valor jurídico de querer conservar la nacionalidad por parte de quien la formula.

Por ello, la Sala concluye con acierto, que la solicitud de renovación del pasaporte no es un mero uso de la nacionalidad española, sino una petición que comporta de manera *inequívoca la voluntad de querer ser español*.

16. Con este nuevo pronunciamiento el TS da respaldo a la que ya puede ser considerada como la “nueva doctrina jurisprudencial” que concede a la solicitud de renovación del pasaporte, el valor jurídico correspondiente a la voluntad del español de origen de conservar dicha nacionalidad.

Frente a una visión estrictamente formalista del contenido de la declaración de voluntad conservativa y del concreto órgano consular ante el que presentarla, la Sala opta por una interpretación en la que prima la verdadera intención del afectado de conservar su nacionalidad española mediante un acto, como la solicitud de renovación por segunda vez del pasaporte español, que demuestra inequívocamente dicha voluntad.

## V. Comentario final

17. En esta sentencia, el TS confirma la interpretación flexible de una norma que puede conllevar a la pérdida de la nacionalidad española de origen a españoles nacidos en el extranjero y es alentador ver que corren nuevos tiempos para la práctica judicial española que, a la larga, influirá en la práctica administrativa desde sede registral y también en la interpretación dada a este precepto desde la Abogacía del Estado español.

18. Reflexionar sobre las causas de pérdida de la nacionalidad española es un ejercicio que permite repensar la conexión entre la nacionalidad de origen y el “blindaje” que la propia Constitución ha pretendido darle desde su entrada en vigor en 1978. Quizás para un estudio doctrinal, y atendiendo a los cambios legales que se avecinan en cuanto a la posible adquisición de la nacionalidad española por parte de los descendientes de españoles de origen, convenga llevar a cabo el análisis que va más allá de los comentarios a vuelapluma que han motivado esta sentencia.

19. Cuando hace unos cuantos años leía a la profesora ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, en una breve nota con respecto a este tema (publicada en el año 1997) pensaba en la capacidad de análisis, previsión y flexibilidad de sus razonamientos en contraposición con la actuación mecánica de los Consulados Españoles y la consecuente actuación de la DGRN en la línea dura de pensamiento y de práctica.

<sup>14</sup> Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. BOE num. 77, 31 de marzo de 2015.

En esa ocasión mis pensamientos volaron hacia el futuro y pensaba que en algún momento las palabras de la profesora se verían reflejadas en una STS y cito: *“la mera aceptación y goce de una nacionalidad extranjera no puede por sí misma ser causa de pérdida de la nacionalidad española [de origen], puesto que ello vulneraría la Constitución...por eso, comparecer como español en el consulado y otras conductas semejantes son índice de que el interesado no habrá incurrido en la pérdida de la nacionalidad española..”* Pues bien, el futuro ya ha llegado, más de 20 años después.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Extraído de A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La pérdida de la nacionalidad española (y II)”, *Revista de Emigración e Inmigración*, num. 513, 1997, p.27.

EXEQUATUR, NULIDAD DE ACTUACIONES  
E INDEFENSIÓN... Y OTRAS CUESTIONES NO MENOS  
RELEVANTES (AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BARCELONA DE 18 DE MAYO DE 2020)

EXEQUATUR, NULLITY OF PROCEEDINGS, LACK OF LEGAL  
DEFENSE... AND OTHER ISSUES NOT LESS IMPORTANT  
(ORDER OF THE PROVINCIAL COURT, MAY 18TH, 2020)

MARIA DEL ÁNGEL IGLESIAS

*Profesora de Derecho Internacional y de la Unión Europea*  
*UNIR, Universidad Internacional de La Rioja*  
ORCID ID: 0000-0002-3069-0183

Recibido: 19.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI:<https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6002>

**Resumen:** El presente comentario versa sobre el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de mayo de 2020 que, a priori, no parecería tener mayor interés si tomamos como referencia los descriptores de la decisión. Sin embargo, merece la pena detenerse en el análisis de determinadas referencias que el Auto contiene, como las efectuadas respecto de la jurisdicción voluntaria, del pacto al que puede llegarse en el marco de un procedimiento contencioso y respecto de éste mismo. Ello, junto a lo que constituye el núcleo de la decisión: la validez en España de una decisión tomada en Ecuador relativa a alimentos de menores y la alegada nulidad de actuaciones, junto a la vulneración de uno de los derechos esenciales del debido proceso, al no haberse dado traslado debido de la demanda a la contraparte.

**Palabras clave:** derecho de defensa, exequatur, jurisdicción voluntaria, nulidad de actuaciones, transacción judicial.

**Abstract:** The present commentary deals with the Order of the Provincial Court of Barcelona of May 18, 2020 which, a priori, would not seem to be of much interest if we take the descriptors of the decision as a reference. However, it is worthwhile to analyse some references contained in the Order, such as those made with respect to voluntary jurisdiction, the arrangement that may be reached in the scope of a contentious procedure, and to the latter itself. All of this, together with what constitutes the core of the decision: the validity in Spain of a decision taken in Ecuador concerning child support, the alleged nullity of proceedings together with the violation of one of the essential rights of due process by not having given due notice of the lawsuit to the other party.

**Keywords:** right of defence, exequatur, voluntary jurisdiction, nullity of proceedings, judicial settlement.

**Sumario:** I. Antecedentes de Hecho. II. Cuestiones a analizar: el derecho a aplicar al exequatur. 1. Jurisdicción Voluntaria y Transacciones Judiciales. III. El derecho de defensa y la nulidad de actuaciones. IV. Observaciones finales.

---

\* Roj: AAP B 3212/2020 - ECLI: ES: APB:2020: 3212<sup>a</sup>. Id Cendoj: 08019370182020200124.

## I. Antecedentes de hecho

1. En un proceso de alimentos llevado a cabo en Ecuador, las partes llegaron a un acuerdo, con fecha 7 de marzo de 2018, por el cual el padre se obligaba a pagar una determinada cantidad de dinero en favor de las hijas del matrimonio.<sup>1</sup>

Este acuerdo fue aprobado ante la instancia judicial ecuatoriana correspondiente dos días después, el 9 de marzo de 2018.

Se presentó, en España, exequatur de este acuerdo el día 2 de agosto de 2018, sin que el Ministerio Fiscal se opusiese y respecto del cual recayó Auto, con fecha 26 de julio de 2019, en el que se procede a su reconocimiento y ejecución.

2. Tal Auto se recurrió en apelación en nuestro país. La base jurídica en la que la instancia española se basó, para dar reconocimiento a la decisión mencionada y que constan en el Auto recurrido de 26 de julio de 2019 fue: el artículo 44 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (“reconocimiento”) y el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“de la demanda y su contenido”).

Es importante señalar que no se recurre la obligación acordada de pagar alimentos.

3. El acuerdo al que llegaron en el país de origen se halla en fase de ejecución y en la misma existen divergencias entre las partes, si bien no en cuanto al fondo (cantidad de dinero a la que el padre se obligó a dar a sus hijas), sino en cuanto a las circunstancias en se produce el pago ya que “las ayudas familiares las pasó a cobrar ella de la empresa porque el padre no las aplicó al pago de colegios y vivienda”<sup>2</sup>. Es importante, además, tener en cuenta que se presentó resolución ecuatoriana de fecha 6 de enero de 2020 por la que **se revoca la decisión de 9 de marzo de 2018** declarando la extinción de alimentos a partir del 19 de marzo de 2019, fecha de la sentencia del juzgado de Primera Instancia 16 de Barcelona que recayó en regulación de medidas.

4. Se llevan pues a cabo una serie de procedimientos en España y en Ecuador que podemos sintetizar de la siguiente forma:

1.1. Actuaciones en Ecuador: a) pleito de alimentos con acuerdo de 9 de marzo de 2018; b) posterior recurso que extingue la obligación de pago desde la misma fecha que el Juzgado de Barcelona (19 de marzo de 2019).

1.2. Actuaciones en España: a) exequatur del acuerdo de conciliación (2 de agosto de 2018) respecto del pago de alimentos y b) modificación de medidas ante el Juzgado de Primera Instancia 16 de Barcelona (decisión de 19 de marzo de 2019) extinguiéndose la obligación de pago de alimentos.

5. En el recurso de apelación contra la decisión española que admite el exequatur del acuerdo al que llegaron los litigantes en marzo de 2018, el recurrente solicita nulidad de actuaciones, al no haberse dado traslado de la demanda, (lo que implica indefensión).

Es de resaltar que el Ministerio Fiscal no se opone a la nulidad que invoca la parte apelante en esta etapa del proceso. La base jurídica en que se apoya el apelante es el artículo 54.5 de la LCJI (“proceso” de exequatur).

La parte apelada alega, de contrario, que “en proceso de mutuo acuerdo no es preciso dar traslado de la demanda (el recurrente fue el demandado en el juicio de origen y cita la STS de 23 de septiembre de 2003 y la doctrina de los actos propios)”. Además, alega el conocimiento del recurrente del proceso de exequatur “en razón de la contestación a la demanda de regulación de medidas presentada de contrario en el Juzgado n.16 de Barcelona (donde la apelada alegó litispendencia)”<sup>3</sup>. En consecuencia, en procedimiento de regulación de medidas.

<sup>1</sup> Juicio 17203201710847.

<sup>2</sup> Cfr. para 2 de los Antecedentes de Hecho.

<sup>3</sup> Cfr. para 2 de los Antecedentes de Hecho.

## II. Cuestiones a analizar: el derecho a aplicar al exequatur

6. Después de un recorrido por las normas a aplicar en defecto de Convenio internacional o del Derecho de la Unión Europea (UE), el Auto establece correctamente que es el ordenamiento jurídico español el que debe aplicarse, en concreto el Título V de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que regula el procedimiento de reconocimiento y también el de ejecución de sentencias extranjeras (artículos 41 y ss.).

En efecto, y siguiendo las fuentes de producción del derecho internacional (privado, en este supuesto), no existe convenio entre la República del Ecuador y España. Son muchos los acuerdos que nuestro país ha suscrito con diferentes estados relativos a cooperación en materia civil -generales o específicos- que incluyen disposiciones relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras<sup>4</sup>. A falta de convenio aplicable, es el Derecho de la UE el llamado a ser aplicado, pero nos encontramos, aquí, con el obstáculo derivado de que estamos ante un Estado que no es parte de la UE. Así pues, acudimos a las normas de producción interna.

Tal y como consta en el Auto, en principio, el procedimiento aplicable a este procedimiento es el previsto en el artículo 54 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Hasta ahí no hay cuestión alguna a señalar, pero conviene recordar y resaltar su punto 5: ello, porque este precepto establece que se ha de dar traslado “a la parte demandada para que se oponga en el plazo de treinta días” y porque seguidamente la Audiencia establece -como aplicable- una excepción a esta regla general sobre el conocimiento de la contraparte.

7. En efecto, dice el Auto: “el art. 41.2 permite el reconocimiento de las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, ciertamente, el reconocimiento que aquí se insta se corresponde con una resolución judicial que, en trámite de conciliación, acepta el acuerdo voluntario alcanzado por los litigantes, en un proceso en el que el Sr. Doroteo fue parte y asintió al acuerdo. El art. 51 dice que las transacciones judiciales (como es el caso) se ejecutarán conforme a las anteriores previsiones”. Ello, para afirmar que “sólo en los procedimientos contenciosos el demandado era emplazado”, entendiéndose que ello no aplica cuando se trata de un procedimiento de mutuo acuerdo.

8. Nótese que en un solo párrafo se hace alusión a la jurisdicción voluntaria, al pacto al que las partes puedan llegar en el curso de un procedimiento contencioso y a la transacción judicial, pero, con respecto al primer punto, la alusión a la jurisdicción voluntaria creemos, con todo respeto, que la Audiencia yerra. Por más que se haya llegado a un acuerdo entre las partes, no puede afirmarse que estemos ante un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria.

### 1. Jurisdicción Voluntaria y Transacciones Judiciales

9. El artículo 1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 reza en su punto 2 que “se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria, a los efectos de esta Ley, todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.”. Es una característica propia de estos actos, la ausencia de contradicción y la consecuencia derivada de ello: la del no producir efecto de cosa juzgada. En el caso presente existen demandante y demandado que llegan a un acuerdo en el curso de un procedimiento contencioso como el propio Auto señala y sin que se haga referencia posterior a artículo alguno de esta ley para llegar a su decisión final y para hablar seguidamente de transacción judicial.

10. Conviene traer a colación los requisitos exigidos en la normativa española para que los actos de jurisdicción voluntaria surtan efectos en España. Y así, siguiendo a Calvo Caravaca y Carras-

<sup>4</sup> Una lista de los convenios existentes puede encontrarse en A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Vol. I.* 16ª. Ed. Comares, 2016. p. 752.

cosa González<sup>5</sup> deben ser: a) firmes o definitivos, que ya no puedan modificarse por las autoridades extranjeras competentes en el sector de la jurisdicción voluntaria, b) deben superar el reconocimiento, cabiendo el reconocimiento incidental y, c) deben acreditar su autenticidad. Entre los motivos por lo que procedería su denegación se halla el de que “el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados”<sup>6</sup>. Esta es una causa que encontramos tanto en el derecho internacional privado de la Unión Europea, como en los convenios internacionales, como en el derecho interno español, al tratarse de una garantía de los derechos más básicos de defensa y a lo que haremos después referencia puntual.

**11.** Respecto a la transacción judicial -mencionada, como ya hemos dicho en el Auto- el artículo 49 de la LCJI nos proporciona como concepto el siguiente: “todo acuerdo aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado en el curso del procedimiento”, pero acertadamente señalan Calvo-Caravaca y Carrascosa González “no es una decisión judicial, ni siquiera de jurisdicción voluntaria<sup>7</sup> ... Se caracterizan por su efecto ejecutivo, no es firme ni produce el efecto de cosa juzgada”<sup>8</sup>.

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de abril de 2010<sup>9</sup> indicó que “la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior”.

Admitiendo que hubiera transacción judicial, la LCJI -como dice el Auto- establece para aquella, las mismas disposiciones que para el exequatur, digamos que un procedimiento “resuelto de mutuo acuerdo”, pero, sin embargo, hemos de señalar que no pierde la naturaleza contenciosa en que ha nacido ni queda equiparado a la jurisdicción voluntaria.

**12.** Una transacción judicial, para ser reconocida en España, tendría que superar el exequatur previamente. Y nos encontramos en el presente caso, con que difícilmente podría superarse sino parcialmente, al haberse apelado en Ecuador. Sostiene Gascón Inchausti<sup>10</sup> que “El único límite a su reconocimiento lo establece el artículo 46.2 LCJIC y es la contrariedad con el orden público –sin que, por tanto, se apliquen las demás causas del artículo 46.1. Afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>11</sup> que este artículo es “parco en palabras y dudoso en intenciones,”. Por ello, entienden precisa su interpretación conforme a la normativa en que se inspiró<sup>12</sup>”, por lo que, de igual forma, sostienen que la contrariedad al orden público es la única causa para su denegación.”.

**13.** Según el Auto (punto 2 párrafo 1): “El art. 41.2 permite el reconocimiento de las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>13</sup> y, ciertamente, el reconocimiento que aquí se insta se corresponde con una resolución judicial que en trámite de conciliación acepta el acuerdo voluntario alcanzado por los litigantes, en un proceso en el que el Sr. Doroteo fue parte y asintió al acuerdo. El art. 51 dice que las transacciones judiciales (como es el caso) se ejecutarán conforme a las anteriores previsiones” (...) “En suma, entendemos que sólo es exigible la audiencia y contradicción cuando se trate de procedimiento contencioso, pero no para el procedimiento resuelto de mutuo acuerdo. Si el legislador hubiera querido imponer en todo caso la previa audiencia de la parte contraria debería haberlo dicho expresamente.”.

<sup>5</sup> A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob.cit p. 825.

<sup>6</sup> A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob.cit. p. 826.

<sup>7</sup> El resaltado es mío.

<sup>8</sup> A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob.cit. p. 829.

<sup>9</sup> Sala de lo Civil, ST de 5 de abril de 2010, Rec. 2371/2005 (La Ley, 27010/2010).

<sup>10</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil.”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 158-187, p. 184.

<sup>11</sup> A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob.cit. p. 829.

<sup>12</sup> Reglamento 1215/2012, artículos 58 y 59.

<sup>13</sup> En este sentido discrepamos ya que como se ha dicho, no puede hablarse en este caso de Jurisdicción Voluntaria y dicho sea con el debido respecto, la redacción aquí es confusa y parece equiparar a aquellas con las transacciones judiciales.

14. Según se desprende del Auto, el acuerdo alcanzado en primera instancia es objeto de contestación por parte del demandado. Este extremo es importante y pone de manifiesto la **ruptura del acuerdo alcanzado**. La relevancia viene dada porque se considera un pleito independiente, con lo cual, no tiene en cuenta el estado de la cuestión estrechando el cerco del asunto al del reconocimiento del acto transaccional alcanzado en un determinado momento. “La resolución aportada en este Rollo del Tribunal de Quito resolviendo recurso de apelación, no está dictada en el proceso del que nace la resolución cuyo exequátur se insta, sino de un proceso de ejecución por impago de pensiones”. Sin embargo, consta en el mismo que extinguió los alimentos, por lo que entendemos que guarda estrecha relación: en el apartado 3 de los Antecedentes de Hecho (Trámites en Sala) consta que el Tribunal ecuatoriano revocó el auto de la jueza en el mismo juicio que fue objeto de exequatur declarando la extinción de alimentos<sup>14</sup>.

15. Retrocedamos por un momento y plantémonos: resuelto un asunto de mutuo acuerdo, ¿queda este fuera de la norma general de dar traslado al demandado? Se argumenta, de contrario, que el hecho de que conociera el demandado su existencia (por vía diferente a la de este procedimiento) libera de la obligación de dar traslado. No podemos estar de acuerdo con esta apreciación ya que no hay norma alguna en nuestro ordenamiento en tal sentido y sería peligroso para la seguridad jurídica el aplicar este modo de dar por cumplido el trámite de traslado de la demanda.

16. El Auto, recuerda “Solo en los procesos contenciosos el demandado era emplazado” (refiriéndose a la antigua LEC de 1881) y continua: “entendemos que sólo es exigible la audiencia y contradicción cuando se trate de procedimiento contencioso, pero no para el procedimiento resuelto de mutuo acuerdo. Si el legislador hubiera querido imponer en todo caso la previa audiencia de la parte contraria debería haberlo dicho expresamente” “No hay tampoco infracción del derecho de defensa (art. 46.1 b) porque el recurrente participó y asintió a la conciliación en el país de origen.”

17. Entendemos que la apelada trató y trata de dar eficacia en España a una resolución que, en efecto, fue acordada en el marco de un procedimiento contencioso que así ha vuelto a devenir posteriormente. Ello, nos parece fundamental para establecer los límites o las causas de denegación de las decisiones extranjeras.

### III. El derecho de defensa y la nulidad de actuaciones

18. El motivo fundamental que alega el apelante es la vulneración del derecho de defensa. Entendemos que la indefensión puede plantearse porque se referiría a un acto procesal y no al fondo debatido. El AAP entiende que se da por cumplido este fundamental requisito: “No hay tampoco infracción del derecho de defensa (art. 46.1 b) porque el recurrente participó y asintió a la conciliación en el país de origen.”

Pero de lo que se trata es de si existe obligación de dar traslado de la petición de exequatur a la parte contraria, o no, en este procedimiento que perdió la naturaleza de acuerdo, y ello ha de hacerse en el marco de este y no extrayendo conocimientos que pudiera tener, o no, aquélla. El derecho a un juicio justo requiere obrar con toda cautela y diligencia y esta no se dará sin el trámite obligado.

Una cosa es el conjunto de causas de denegación previstas en el artículo 46<sup>15</sup> y otra distinta es el procedimiento<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> El Auto se refiere al “Juicio 17203201710847”.

<sup>15</sup> En concreto, el artículo 46 b) “Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.”

<sup>16</sup> En particular, el artículo 54. 5. “La demanda y documentos presentados serán examinados por el secretario judicial, que dictará decreto admitiendo la misma y dando traslado de ella a la parte demandada para que se oponga en el plazo de treinta días. El demandado podrá acompañar a su escrito de oposición los documentos, entre otros, que permitan impugnar la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado, la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera.”

Entendemos así, que se debió dar traslado al demandado a fin de evitar la consiguiente vulneración del derecho de defensa.

**19.** Si consideramos que se trata de una transacción judicial, no parece que el trámite de traslado debiera ser causa para invocar una nulidad de actuaciones. Ahora bien, si no se considera así, a tenor de lo dispuesto en la LCLI, sí lo sería, como alega el apelante y a lo que no se opone el Ministerio Fiscal.

**20.** Los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial regulan la “nulidad los actos judiciales” en los artículos 238 a 243 (Título III del Libro III. Además, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000, en los artículos 225 a 231 (Capítulo IX del Título V del Libro I).

El artículo 238 dice, en su apartado 3º, que serán nulos (de pleno derecho) los actos procesales: “Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”. Y en igual sentido, el artículo 225 apartado 3º: “Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.”.

#### **IV. Observaciones finales**

**21.** Entendemos, en definitiva, que: 1) acertando la decisión de la AP aplicando en defecto de convenio entre Ecuador y España y siendo inaplicable al supuesto del Derecho de la UE, la LCJI, sin embargo, 2) tratándose de un procedimiento en el que si bien, como hemos señalado, se llegó en un primer momento a un acuerdo, el mismo devino contencioso tal y como se demuestra con las actuaciones que el AAP recoge, con lo cual, 3) se debió proceder, tal y como ordena la norma española, a dar traslado de la solicitud de exequátur al demandado, por lo que en consecuencia, 4) existe nulidad de actuaciones al haberse producido indefensión por no haber atendido a una norma capital del proceso.

La contradicción entre las partes es necesaria para observar, de forma escrupulosa y debida, el principio consagrado en nuestra Constitución en su artículo 24 y que es -como no podía ser de otra forma- retomado en los ordenamientos internos, regionales o internacionales, como un derecho que forma parte de la legítima defensa, del derecho a un juicio justo. Si se vulnera este derecho decae el deber de justicia que ha de impregnar al derecho.

No podemos olvidar, como acertadamente afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González, que la “LCJI se muestra muy garantista y supera en su afán de protección de los derechos de defensa de las partes, al Derecho de la UE” y “al de su norma modelo”, refiriéndose al Convenio de Nueva York de 1958.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, cit. p. 789.

LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO  
INTERNACIONAL: LA PROSCRIPCIÓN DEL «ESPIGUEO  
NORMATIVO» (STSJ DE MADRID 10 DE MARZO 2020)

LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL EMPLOYMENT  
CONTRACTS: PROHIBITION OF «PICK AND CHOOSE»  
(THE DECISION OF THE HIGHER COURT OF MADRID  
OF MARCH 24, 2018)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 17.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6003>

**Resumen:** La decisión judicial objeto de este análisis constituye un notable ejemplo de rigor y precisión en la aplicación del sistema de derecho internacional privado en el ámbito laboral. A raíz de una reivindicación salarial de unos trabajadores al servicio del Ministerio de Asuntos Exteriores en Argentina, el Tribunal aborda tanto la cuestión de la ley aplicable al contrato de trabajo como la de la prueba -o falta de ella- del derecho extranjero. En ambas materias evidencia un sólido conocimiento de las normas de derecho internacional privado y su doctrina interpretativa, de las que realiza una didáctica exposición y correctísima aplicación. Un análisis que le lleva a condenar el fraccionamiento legislativo del contrato cuando éste no es justificado, calificándolo de «espiguelo de normas».

**Palabras clave:** contrato de trabajo internacional, ley aplicable al contrato de trabajo, prueba del derecho extranjero, modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

**Abstract:** The decision at issue in this study constitutes an example of rigor and precision in the application of the private international law system on work. The Court analyzes both the question of the law applicable to the employment contract and that of the proof -or lack of it- of foreign law, as a result of a wage claim of some workers at the service of the Ministry of Foreign Affairs. The Court shows in both subjects a solid knowledge of the rules of private international law and its interpretative doctrine, of which he makes a didactic presentation and very correct application. This analysis leads him to criticize the legislative division of the contract, when it is not justified, naming it as «pick and choose».

**Keywords:** international employment contract, law applicable to the employment contract, proof of foreign law, substantial change of working conditions.

**Sumario:** I. El objeto del litigio: el «sueldo anual complementario» de la ley laboral argentina. II. Las (variadas) cuestiones jurídicas suscitadas en el recurso. 1. La determinación de la *lex contractus*. 2. La consideración de la normativa presupuestaria española como hipotética “ley de policía” del ordenamiento español. 3. La alegada falta de prueba del derecho extranjero y la respuesta del Tribunal. III. Conclusión.

## I. El objeto del litigio: el «sueldo anual complementario» de la ley laboral argentina.

1. Los hechos objeto del presente comentario se inician cuando un grupo de trabajadores -más de sesenta- al servicio del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación que desarrollaban su actividad laboral en Argentina, presenta ante un Juzgado de lo Social de Madrid demanda de reclamación del «sueldo anual complementario», un concepto retributivo que venían dejando de percibir, pese a encontrarse estipulado en la ley rectora de sus contratos.

2. La relación de trabajo entre los trabajadores y el Ministerio estaba sometida a la legislación laboral argentina, que regula la cuestión objeto de controversia en la Ley de Contrato de Trabajo nº 20.744. Tras definir su artículo 103 el concepto de «remuneración» (“la *contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo*”), el artículo 121 regula el denominado «sueldo anual complementario», que está constituido por “la *doceava parte del total de las remuneraciones definidas en el artículo 103 de esta ley percibidas por el trabajador en el respectivo año calendario*”. La misma norma establece en su artículo 122 la forma en que ha de abonarse este sueldo complementario: en dos cuotas, la primera el treinta de junio; y la segunda, el treinta y uno de diciembre. Correlativamente, el precepto determina que el importe a abonar en cada cuota será la doceava parte de la retribución temporal devengada en el lapso temporal correspondiente.

3. Así determinado este complemento retributivo, por Acuerdo del Director General del Servicio Exterior se realizó en junio de 2015 un ajuste de las retribuciones del personal laboral de las Representaciones de España en Argentina para incluir en la nómina del mes de diciembre la cuota correspondiente del sueldo anual complementario conforme al ordenamiento laboral argentino. Sin embargo, al comenzar a pagar el sueldo anual complementario, el Ministerio redujo simultáneamente el salario mensual, de forma que total anual permanecía inalterado, y pese a que formalmente se abonada el sueldo complementario, la retribución global no se incrementaba.

4. Considerando que lo que en realidad se había producido era una reducción del salario mensual para terminar percibiendo -a través de las dos cuotas complementarias- el mismo sueldo, los trabajadores interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Social. La sentencia de instancia estimó su pretensión, por entender que dicha redistribución mensual del salario constituía una alteración de la estructura salarial, lo que implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En consecuencia, anuló la decisión de 23 de junio de 2015, de la Dirección General del Servicio Exterior, por la que se modificaba la forma de redistribución salarial y retribución mensual de los demandantes.

5. La sentencia fue recurrida en suplicación ante el Tribunal de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), que desestimando el recurso, se pronunció en sentido confirmatorio, sobre la base de la argumentación que seguidamente examinamos, contenida en su Sentencia núm. 252, de 20 marzo 2020<sup>1</sup>.

## II. Las (variadas) cuestiones jurídicas suscitadas en el recurso

6. Tras desechar algunas de las consideraciones jurídicas introducidas por el Abogado del Estado en el recurso -como la eventual caducidad de la reclamación-, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) centra la cuestión en determinar si hubo o no una modificación sustancial ilícita de las condiciones de trabajo.

7. Hay que señalar que se aprecia cierta incoherencia en la argumentación del recurrente, que por una parte denuncia la indebida aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores<sup>2</sup>, alegando

<sup>1</sup> ECLI:ES:TSJM:2020:2770.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

que la normativa laboral española no puede regular los contratos de trabajo, pero al tiempo reclama la aplicación de la legislación presupuestaria española como justificación para no reconocer a los trabajadores el sueldo anual complementario del ordenamiento argentino.

8. En su opinión, el incremento salarial que implicaría la concesión de dicho sueldo supondría una modificación de las condiciones sustanciales de trabajo. Ésta constituye una facultad que el ordenamiento español atribuye al empleador, y su ejercicio resulta legítimo debido al sustento jurídico que le otorga el artículo 41 ET: “1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”. El precepto parte de una decisión unilateral de la empresa de acordar, o al menos intentar introducir, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo<sup>3</sup>. Lo que niega el recurrente es la posibilidad de aplicar dicha facultad -propia de la legislación española- a los contratos de trabajo afectados, que únicamente deben ser regulados por la legislación argentina. Paralelamente, sostiene que dicha normativa carece de una figura de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo equivalente a la española, que permita acoger el incremento salarial reclamado.

9. De este modo, la Administración plantea la cuestión de la ley aplicable al contrato de trabajo, que considera debe ser resuelta en una única dirección: la aplicación exclusiva del ordenamiento laboral argentino. Sin embargo -y aquí la contradicción apuntada- al mismo tiempo invoca la Ley de Presupuestos Generales del Estado español como fundamento legal de la negativa a reconocer el sueldo anual complementario y sumarlo al que se venía percibiendo, pues con ello se exceden los límites del incremento salarial.

10. No quiere el Tribunal llevar por ese derrotero el debate jurídico -aunque, como se verá, termina examinando el argumento- porque discute la premisa que lo sustenta: siguiendo la estela del juez de instancia, considera el TSJ que la normativa española no resulta aplicable a estos contratos, sometidos al ordenamiento argentino, rechazando, por tanto, la posibilidad de aplicar la legislación presupuestaria española. Procede, en consecuencia, explorar las posibles vías que pudieran dar entrada a la normativa española en una relación laboral sometida al derecho argentino.

## 1. La determinación de la *lex contractus*.

11. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado español, la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional debe hacerse a través de las normas contenidas en el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>4</sup>. Como es sabido, el Reglamento introduce respecto del contrato de trabajo algunas peculiaridades al régimen ordinario de designación de la *lex contractus* contenido en el artículo 3, que consagra la autonomía de la libertad como criterio general de determinación (“1. *El contrato se regirá por la ley elegida por las partes*”).

12. En materia laboral, esta regla viene matizada por el artículo 8 del Reglamento, que restringe el ejercicio de la autonomía de la voluntad con la finalidad de proteger al trabajador, equiparando su desigual posición contractual respecto del empleador<sup>5</sup>. Con este mecanismo, el Reglamento trata de garantizar que la «libertad de elección de ambas partes» no encubra un mecanismo para privar al trabajador de una protección que de otro modo hubiera tenido (esto es, si la designación de la ley aplicable al contrato se basara en criterios objetivos, no en la subjetividad de las partes).

<sup>3</sup> I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, 10ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 547.

<sup>4</sup> DOUE L núm. 177, de 4 de julio de 2008.

<sup>5</sup> Sobre la orientación tuitiva del mecanismo conflictual que en el ámbito comunitario determina la ley aplicable al contrato de trabajo, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato de trabajo internacional”, en *Curso de contratación internacional*, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (coords.), Tecnos, Madrid, 2003, pp. 567-576.

13. En consecuencia, el artículo 8 mantiene la autonomía individual como regla general de designación de la *lex contractus*, pero impone ciertos límites a dicha elección de ley. En concreto, exige que ésta no prive al trabajador de la protección que le otorguen las normas imperativas del ordenamiento que hubiera sido objetivamente aplicable, es decir, de no haber designado las partes la ley rectora del contrato. Dicho ordenamiento objetivamente aplicable será el que designe el propio artículo 8 en sus restantes puntos de conexión. De este modo, el principio de libertad de elección viene matizado por la exigencia de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección.

14. Aplicada al caso que nos ocupa, esta regla implica que una forma de dar entrada a la legislación española a estos contratos sometidos al ordenamiento argentino pudiera ser que aquélla resultase aplicable en virtud de la designación objetiva de la norma de conflicto contenida en el artículo 8 del Reglamento. En este sentido, el primer punto de conexión que encontramos en el precepto es el del lugar de prestación habitual del trabajo (apartado 2). Siendo Argentina dicho lugar, resulta evidente que la norma no designa al ordenamiento español como *lex contractus*. Tanto si la legislación laboral argentina fue libremente elegida por las partes como si fue designada por el lugar de prestación de los servicios (aspecto que la sentencia no permite deducir), ninguna de estas conexiones da cabida a la normativa española, en concreto la que permite la modificación de las condiciones laborales, incluidas las salariales.

15. El mismo artículo 8 contempla una última posibilidad, cual es la consideración de que el contrato presente “*vínculos más estrechos*” con la ley de un país distinto al aquel cuyo ordenamiento lo regula (apartado 3), en cuyo caso dispone que será aplicable la ley de dicho país. Procede entonces examinar si en el supuesto de autos concurre tal vinculación más estrecha entre los contratos y el Estado español, hasta el punto de dar primacía a su ordenamiento laboral.

16. Esta valoración corresponde al tribunal que conozca del litigio, que deberá tener en cuenta todos los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos a su juicio más significativos, como declaró la STJUE de 12 de septiembre de 2013<sup>6</sup>. En el supuesto que analizamos, subraya el TSJ que no existe causa alguna para establecer tal vinculación, al tiempo que recuerda que ninguna de las partes ha cuestionado que la ley aplicable al contrato fuera otra que la argentina.

## 2. La consideración de la normativa presupuestaria española como hipotética “ley de policía” del ordenamiento español

17. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, y una vez desechada la vía del artículo 8 del Reglamento Roma I, la única alternativa restante para dar entrada en los contratos de trabajo a la normativa española vendría de la mano del mecanismo previsto en el artículo 9 de mismo texto, que constituye la vía de acceso de las llamadas «leyes de policía». En consecuencia, resulta coherente plantearse si ésta podría constituir la vía para aplicar la limitación presupuestaria contenida en la legislación española a los contratos regidos por el ordenamiento argentino, tal como defiende el Abogado del Estado para justificar la negativa de la Administración a reconocer a los trabajadores el sueldo anual complementario argentino.

18. Conforme al artículo 9 del Reglamento, una ley de policía es “*una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida*

<sup>6</sup> Asunto C-64/12, *Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker*, apartados 40 y 41 (ECLI:EU:C:2013:551). Sobre esta cuestión en el concreto supuesto del personal laboral de nacionalidad española que presta sus servicios en las embajadas españolas en el extranjero, *vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “De la protección del personal laboral al servicio de las embajadas españolas”, *Bitácora Millennium DIPr*, Revista nº 6, 2017.

*dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*”. Sobre esta definición, el artículo 9 establece la una doble vía de entrada a dichas disposiciones imperativas: una imperativa y la otra, facultativa. La primera se refiere a las leyes de policía del foro (art. 9.2), esto es, del tribunal que esté conociendo del litigio. La segunda vía faculta la entrada de las leyes de policía del país donde deban ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato, dejándose su aplicación a la valoración judicial<sup>7</sup>, que deberá tener en cuenta “*su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación*” (art. 9.3).

19. En el presente supuesto, la aplicación de la invocada normativa presupuestaria española podría en todo caso ser aplicada a los contratos de trabajo -limitándolos salarialmente- a través de la primera opción, como ley de policía del foro (art. 9.2). Conforme a esta vía, el tribunal español debe obligatoriamente dar entrada a las disposiciones imperativas vigentes en su ordenamiento, sea cual sea la ley rectora del contrato individual de trabajo<sup>8</sup>. En el Reglamento Roma I, la finalidad de este mecanismo es garantizar la aplicación al contrato de trabajo de un *standard* mínimo de protección, que viene configurado por un ‘núcleo duro’ de normas de protección mínima, que no pueden ser eludidas por la aplicación al contrato de un ordenamiento distinto, ya sea el elegido por las partes o bien el designado objetivamente por la norma de conflicto reglamentaria<sup>9</sup>.

20. Ello plantea la espinosa cuestión de delimitar dicho núcleo duro de normas tuitivas, algo que los legisladores estatales a menudo no indican expresamente, lo que obliga a realizar un proceso de deducción a partir del contexto, contenido y finalidad de la norma. Como indican A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, con carácter general, “*las normas que pueden aplicarse a través del artículo 9 del Reglamento Roma I son las que regulan las condiciones de trabajo «en general» o las que regulan el «mercado laboral» (...) «normas institucionales laborales», que protegen intereses colectivos y generales*”<sup>10</sup>.

21. Resulta llamativo que el Tribunal no explore esta posibilidad al valorar la pretendida aplicación de la normativa presupuestaria española invocada por el recurrente<sup>11</sup>. Por el contrario, su respuesta es mucho más concisa y contundente, al rechazar de plano dicha contingencia sobre la base de la unidad legislativa del contrato de trabajo, que impide dar entrada a cualquier otra norma que no sea la *lex contractus*, en este caso, la legislación argentina. Una consideración que establece el TSJ en los siguientes términos: “*Lo primero que hemos de decir es que si el contrato, efectivamente, se rige por la legislación argentina y este es el fundamento esencial del recurso entonces la cita de la Ley de Presupuestos Generales del Estado está fuera de lugar, porque se trata de una norma española que no resulta de aplicación para regir la relación laboral. No puede admitirse ese pretendido espiguelo para aplicar a la relación laboral normas argentinas (la Ley de Contrato de Trabajo) y españolas (las leyes presupuestarias)*”.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* L.F. CARRILLO POZO, “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016”, *Bitácora Millennium DIPr*, Revista nº 5, 2017.

<sup>8</sup> Pero ello, siempre que concurren “*consideraciones de interés público*”, ya que el artículo 9 del Reglamento constituye en su conjunto una excepción al principio de libre elección de la ley aplicable por las partes del contrato, siendo la finalidad de este mecanismo permitir al juez del foro, “*en circunstancias excepcionales*”, tener en cuenta dichas consideraciones (cfr. STJUE de 13 de octubre de 2016, Asunto C-135/15, *Republik Griechenland c. Grigorios Nikiforidis*, apartado 43, TJCE 2020\147).

<sup>9</sup> Esta finalidad tuitiva no obsta para que el mecanismo haya sido objeto de críticas -en sede del Convenio de Roma de 1980, pero perfectamente extrapolables al régimen actual-, por generar una fuerte indeterminación del Derecho aplicable al contrato, dado el amplio margen de apreciación del juez respecto a la aplicación -y en tal caso, extensión- de la normas de terceros Estados (A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de importación y exportación de bienes culturales”, en *Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, M. Vargas Gómez-Urrutia y A. Salinas de Frías (coords.), Vol. 1, 2005, p. 284. Una incertidumbre considerada por algunos Estados incompatible con los estándares mínimos de seguridad y previsibilidad jurídicas, siendo el caso de Alemania, Luxemburgo, Irlanda, Portugal y el Reino Unido, que hicieron uso de la reserva prevista en el Convenio para no aplicar este mecanismo.

<sup>10</sup> “Contrato internacional del trabajo”, en *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1166.

<sup>11</sup> Más aún, cuando sí lo hizo en un asunto de similares características, resuelto por Sentencia de 9 noviembre 2016, aunque con una argumentación sumamente criticable, a juicio de N. MARCHAL ESCALONA (“De la protección del personal laboral...”, *cit.*).

22. En este punto, la decisión del Tribunal hubiera resultado más rigurosa y exhaustiva si hubiera incluido en su razonamiento el mecanismo del artículo 9 del Reglamento antes de manifestar su negativa, puesto que resulta legítimo plantearse la eventual adecuación de la legislación presupuestaria reclamada al conjunto normativo que integra dicho precepto. Ciertamente, no parece razonable considerar que pudiera ser acogida esta vía, pues no resultaría coherente con el espíritu del propio mecanismo, cuya razón de ser es la búsqueda de una mayor protección al trabajador, siendo así que en el presente caso la aplicación del límite salarial generaría justamente el efecto contrario.

23. En consecuencia, es ésta una objeción más formal que sustantiva, que en nada empequeñece el valor de la sentencia, y que se realiza más bien desde la alta consideración que ésta merece, en atención al rigor e integridad con que aborda todas las cuestiones jurídicas suscitadas en el litigio. Y ello, hasta el punto de manifestarse el Tribunal de forma muy crítica hacia lo que considera una deficiente técnica del Abogado del Estado, cuya invocación de la normativa presupuestaria española considera vaga<sup>12</sup>, “fuera de lugar” y realizada “sin apoyo en hechos probados”.

### 3. La alegada falta de prueba del derecho extranjero y la respuesta del Tribunal

24. Como ya se indicó, la negativa de la Administración a efectuar la modificación salarial reclamada se sustentaba parcialmente en su afirmada inexistencia de un mecanismo legal que amparase dicho cambio en el ordenamiento argentino, que es el que debía regular los contratos de trabajo (*ma non troppo*, según vimos). Suscita así la cuestión de la falta de acreditación del derecho extranjero que legitime el incremento salarial de los trabajadores bajo el *ius variandi* empresarial en el contrato de trabajo.

25. Conforme a su razonamiento, al no haber quedado acreditado que en la ley laboral argentina exista el concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, su reconocimiento implícito -mediante el reconocimiento del incremento salarial- constituye una indebida aplicación a los contratos de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

26. El Tribunal rechaza tajantemente dicha consideración sobre la base de dos argumentos: el primero, relativo a la afirmada falta de prueba del Derecho extranjero; el segundo, referido al contenido sustantivo del invocado poder de dirección, cuestión en la que -como anunciamos- finalmente entra.

27. Respecto a la falta de prueba del ordenamiento laboral argentino en este punto, que lleva al recurrente a defender la inexistencia de dicha figura en aquel sistema jurídico, el Tribunal niega la relación de causa-efecto que sustenta tal argumento. Así, reconoce que *únicamente* constan como probados los preceptos de la normativa argentina que regulan el concepto de remuneración y el sueldo anual complementario, así como su modalidad de abono. Sin embargo, recuerda que la regulación española sobre la alegación y prueba del derecho extranjero contenida en el artículo 281.2 LEC establece un sistema flexible que permite al juez participar en dicha tarea, que de este modo no queda encomendada a las partes de forma rígida y excluyente<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En efecto, esta indeterminación es censurada por el TSJ subrayando que el recurrente se limite a citar “una Ley de Presupuestos Generales del Estado de un ejercicio anual que no identifica”, a la vista de lo cual, deduce el Tribunal -acaso con ironía- que siendo el fundamento de la resolución Director General del Servicio Exterior de junio de 2015, “debe ser la norma de 2015 (Ley 36/2014, de 26 de diciembre)”. A mayor abundamiento, recuerda al Abogado del Estado que la así identificada normativa no constituye “una norma jurídica que pueda aplicarse de oficio en base al *iura novit curia*”.

<sup>13</sup> La literatura jurídica que ha suscitado la promulgación de este precepto es tan inabarcable como controvertida, hasta el punto de acoger doctrinas radicalmente encontradas sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero. Un completísimo análisis de esta cuestión, con especial énfasis en la práctica judicial española, puede verse en A.L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, pp. 133-156.

28. En efecto, este precepto determina 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*”. En la actualidad, este -escueto- régimen de acreditación del Derecho extranjero debe completarse con la previsión incluida por la Ley 29/2015, 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que vino a dar entrada a la labor de cooperación o complemento -que no de sustitución- que en este proceso incumbe a los tribunales de justicia. Así lo determina el Preámbulo V de la Ley al afirmar que “*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*”<sup>14</sup>.

29. En coherencia con esta previsión, el TSJ lleva al proceso la normativa argentina sobre modificación de las condiciones laborales, en un loable y exhaustivo ejercicio de acreditación del derecho extranjero, al amparo de la facultad que le confiere el artículo 281.2 LEC a la luz de su actual interpretación. En su virtud, señala que la legislación laboral de Argentina sí permite la modificación de los contratos de trabajo (art. 71 de la Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744). Por tanto, la modificación del salario inicial de los trabajadores en los términos descritos no constituye, como argumenta el recurrente, una indebida aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino que encuentra cobertura legal en la propia ley rectora de la relación laboral, que es la argentina.

30. La completud del Tribunal en la acreditación de dicho ordenamiento va más allá, al desbrozar el régimen general que éste establece en materia de modificación de los contratos contenido en su derecho civil. Y ello, en cierto modo condicionado por la invocación del recurrente a los límites presupuestarios españoles, como forma de desactivar el éxito de esta alegación. En este punto, opone el Tribunal el ordenamiento argentino permite la adecuación del contrato en el supuesto denominado de «imprevisión», equivalente a la cláusula *rebus sic stantibus* generalmente admitida en España por la doctrina jurisprudencial. Conforme a ello, si en un contrato la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente gravosa por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ésta tiene derecho a plantear resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.

31. En el presente caso, la «adecuación» consistiría en negar el incremento salarial basado en el sueldo anual complementario, por constituir para la Administración una alteración excesivamente gravosa -recuérdese la alusión a la limitación presupuestaria española- y motivada por una alteración extraordinaria sobrevenida. Niega el Tribunal la legitimidad de esta medida con un doble argumento. Por un lado, que la necesidad de cumplir una norma que se venía incumplimiento -el abono del sueldo anual complementario- en absoluto constituye una alteración extraordinaria sobrevenida que torne excesivamente onerosa la prestación a cargo del empleador. Por otro, la acreditada existencia en el ordenamiento laboral argentino de una normativa expresa sobre modificación unilateral del contrato de trabajo, que impide aplicar en este ámbito la posibilidad de resolución o adecuación del contrato reconocida en el ámbito civil.

### III. Conclusión

32. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 10 de marzo de 2020 constituye un magnífico ejemplo de rigor y exhaustividad en la aplicación judicial del sistema de derecho internacional privado español.

<sup>14</sup> Para A. RODRÍGUEZ BENOT, la previsión del artículo 33.2 de esta Ley “*Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada...*”) no hace sino recalcar la relevancia del papel del juzgador en el ámbito de la acreditación del Derecho extranjero, (“La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8, 1, 2016p. 248).

**33.** Por una parte, analiza la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo a través de una precisa y didáctica aplicación del Reglamento Roma I. Al respecto, realiza un detallado análisis de la norma de conflicto contenida en su artículo 8, examinando sus distintos puntos de conexión para llegar a la conclusión de que la ley rectora de los contratos de trabajo no puede ser otra que la argentina. Esta corrección interpretativa resulta especialmente loable, por afectar a un sistema no siempre bien interpretado -incluso en ocasiones ignorado- por la práctica judicial española.

**34.** Pero justamente por la sistematicidad y rigor mostrados por el Tribunal en este punto, se echa de menos en su decisión un mayor desarrollo de la categórica afirmación que le lleva a rechazar la eventual aplicación de un ordenamiento distinto. En este punto, el órgano judicial se limita a negar la existencia de causa alguna que lo justifique, sin aportar ningún otro argumento en apoyo de su decisión.

**35.** Asimismo, desde esta perspectiva más crítica, sorprende que el Tribunal no haya explorado la posibilidad que ofrece el mecanismo del artículo 9 del Reglamento para dar entrada -de forma imperativa en el caso de la *lex fori*- a las llamadas «leyes de policía». Ciertamente es que el recurrente tampoco analiza esta vía como medio de traer al proceso la legislación presupuestaria española que invoca, por lo que no es razonable convertir esta sorpresa en reproche. Pero sí importa reseñar aquí este aspecto, cuya inclusión hubiera derivado en una sentencia más completa y de mejor corrección técnica, aspectos en los que el Tribunal se muestra enormemente crítico, al enumerar y reprochar las imprecisiones de las que en su opinión adolece el recurso. Sin perjuicio de lo cual, hay que subrayar la lucidez jurídica del rechazo a aplicar una normativa -la española- que hubiera generado un perjuicio para los trabajadores, lo que resulta profundamente coherente con la finalidad tuitiva que con carácter general inspira el sistema de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional.

THE ISLAMIC PROHIBITION OF ADOPTION AS LIMITATION  
OF THE RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE  
(ARTICLE 8 ECHR) – REVISITING *ECTHR HARROUDJ  
V FRANCE*, NO 43631/09, 4 OCTOBER 2012

L'INTERDICTION ISLAMIQUE DE L'ADOPTION EN TANT QUE  
LIMITATION DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE FAMILIALE  
(ARTICLE 8 CONVENTION EDH) – REVISITER COUR  
*EDH HARROUDJ C FRANCE*, NO 43631/09, 4 OCTOBRE 2012

NIKOS KOUMOUTZIS

*Associate Professor at the Law School  
of the University of Nicosia, Cyprus*

Recibido: 29.09.2020 / Aceptado: 09.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6004>

**Abstract:** The prohibition of adoption is common to many Muslim jurisdictions; it passes directly from religious law into statutory law. The French PIL incorporates this provision by making, in principle, foreign minors of prohibitive status ineligible for adoption. The question arises whether such restriction is compatible with the right to respect for family life (article 8 ECHR). In *Harroudj v France*, the ECtHR did not hesitate to respond in the affirmative. The paper revisits this judgment and concurs with what is deemed to be its ultimate finding, namely that a reduction on the level of satisfaction of the right to respect for family life may sometimes be justified as a token of tolerance or hospitality towards foreign 'cultural law'.

**Keywords:** adoption; family life (article 8 ECHR); Islamic law; kafala; private international law.

**Résumé:** L'interdiction de l'adoption est commune à de nombreuses juridictions musulmanes; elle passe directement du droit religieux au droit statutaire. Le droit international privé français incorpore cette disposition en rendant, en principe, inéligibles à l'adoption les mineurs étrangers de statut prohibitif. La question se pose de savoir si une telle restriction est compatible avec le droit au respect de la vie familiale (article 8 Convention EDH). Dans l'affaire *Harroudj c France*, la Cour EDH n'a pas hésité à répondre par l'affirmative. Ce travail revient sur l'arrêt et souscrit à ce qui est considéré comme sa conclusion ultime, à savoir qu'une réduction au niveau de satisfaction du droit au respect de la vie familiale peut parfois être justifiée comme gage de tolérance ou d'hospitalité envers le 'droit culturel' étranger.

**Mots-clés:** adoption; droit international privé; droit islamique; kafala; vie familiale (article 8 Convention EDH).

**Summary:** I. Introduction. II. The Islamic prohibition of adoption within the French PIL. 1. Technique of the PIL ban on adoption. 2. Objective scope. 3. Subjective scope. III. Right to adopt and right to respect for family life under article 8 ECHR. 1. Connection with 'family life'. 2. Nature of the right. 3. Limits of the right. IV. Aim of the PIL ban on adoption. 1. Disregard for the child's interest. A) The interest of the child against adoption. B) The interest of the child for adoption. C)

The interest of the child all things considered. 2. Commitment to the public interest. A) The Islamic state's backlash. B) The Islamic state's sovereignty. V. Proportionality of the PIL ban on adoption. 1. Margin of appreciation v 'precedent'. 2. Margin of appreciation – scope. 3. Margin of appreciation – type: empirical and normative. 4. The backlash hypothesis and the legislature's leeway for empirical assessment. 5. The sovereignty thesis and the legislature's leeway for normative assessment. 6. Margin-breaking consensus in comparative law? 7. Margin-breaking consensus in international law? VI. Concluding remarks.

## I. Introduction

### The Islamic prohibition of adoption

Adoption (*tabanni*) is prohibited by the Sharia and by legislation

1. The prohibition of adoption is common to many Muslim jurisdictions; in fact, only Tunisia and Somalia stand out by regulating explicitly adoption.<sup>1</sup> The prohibition passes straight from religious law into statutory law, as it becomes manifest in the above formulation of article 46 of the Algerian Family Code.<sup>2</sup>

2. The Sharia prohibition of adoption is inferred from Quran 33:4-5:

4. God has not assigned to any man two hearts within his breast [...] neither has He made your adopted sons your sons in fact. That is your own saying, the words of your mouths; but God speaks the truth, and guides on the way.

5. Call them after their true fathers; that is more equitable in the sight of God. If you know not who their fathers were, then they are your brothers in religion, and your clients. [...]<sup>3</sup>

What are the reasons behind God's will?

3. The classical reading of these verses relates them to the marriage of the Prophet with Zayneb, divorced wife of Zayd, who had himself been adopted by the Prophet before Islam. For this marriage the Prophet came under heavy criticism, on the basis that Quran 4:23 posed an impediment for the marriage of the (ex-)father-in-law with the (ex-)daughter-in-law. The revelation of the above verses resolved the complication; if the adopted son is not a 'son in fact', i.e. there is no (fictive) consanguinity with Zayd, then, similarly, the ex-wife of the adopted son is not the ex-wife of a 'son in fact', i.e. there is no (fictive) affinity with Zayneb, and the said marriage does not contravene the divine mandate.<sup>4</sup>

4. Against this view it is argued that the above verses do not logically connect to the issue of marriage.<sup>5</sup> Quran 4:23 proclaims '[f]orbidden to you' the (ex-)wives of your natural sons ('your sons who are of your loins'), which, read *e contrario*, means that are 'not [f]orbidden to you' the (ex-)wives

<sup>1</sup> See N. YASSARI, "Adding by Choice: Adoption and Functional Equivalents in Islamic and Middle Eastern Law", *The American Journal of Comparative Law*, 63, 2015, pp. 927 et seq., especially pp. 944-947 (Tunisia) and pp. 947-948 (Somalia) (available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2714359](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714359) accessed on 24 September 2020).

<sup>2</sup> For similar stipulations in the legislations of Morocco, Egypt, Kuwait, Yemen and Jordan see *ibid*, p. 949.

<sup>3</sup> The Quran Interpreted: A Translation by A.J. ARBERRY, London, George Allen and Unwin, 1955 (available at [https://archive.org/stream/ArberryKoran/Arberry-Koran\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/ArberryKoran/Arberry-Koran_djvu.txt) accessed on 24 September 2020). – All the citations to the Quran *infra* come from this translation.

<sup>4</sup> See e.g. E. LANDAU-TASSERON, "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies", *Bulletin of the School of Oriental and African Studies (SOAS)*, 66, 2003, pp. 169 et seq., especially pp. 169-170.

<sup>5</sup> D.S. POWERS, *Muhammad Is Not the Father of Any of Your Men. The Making of the Last Prophet*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, pp. 44-48.

of your adopted sons ('your sons who are *not* of your loins'); within this context, the marriage of the Prophet with Zayneb is irreprehensible.<sup>6</sup> In reality, things differed only in the biblical tradition (Leviticus), according to which the taboo of incest was so broadly planned as to cover the (ex-)wives of any sons, natural or adopted.<sup>7</sup> However, this was no more relevant in the last case, since Quran 33:37 had introduced *expressis verbis* a dispensation:<sup>8</sup>

When thou saidst to him whom God had blessed and thou hadst favoured. Keep thy wife to thyself, and fear God, and thou wast concealing within thyself what God should reveal, fearing other men; and God has better right for thee to fear Him. So when Zaid had accomplished what he would of her, then We gave her in marriage to thee, so that there should not be any fault in the believers, touching the wives of their adopted sons, when they have accomplished what they would of them; and God's commandment must be performed.

5. Importantly, despite the impression left from the sequential arrangement of verse 37 and verses 4-5 in the compilation of the Quran, verse 37 precedes chronologically verses 4-5,<sup>9</sup> to the effect that these cannot be aimed at the 'removal' of a ground that would have made –without them– the marriage of the Prophet with Zayneb defective.

6. D.S. POWERS submits that verses 4-5 are the consequence of the key theological doctrine of the 'finality of prophecy', drawn from Quran 33:40.<sup>10</sup> Quran 33:40 identifies Mohammad as 'the Seal of the Prophets' –the office of prophecy entrusted to him must be brought to a close with his death, forever. Seemingly, this qualification requires that he has no adult son (he 'is not the father of any one of your men') who might outlive him, in which case the office of prophecy passes to the adult son.<sup>11</sup> Under these conditions, Mohammad will initially spell out the dissolution of Zayd's adoption<sup>12</sup> and in turn receive verses 4-5 on the abolition of the institution of adoption. It is asserted that, although with the dissolution of the adoption the threat for the doctrine has already been 'eliminated',<sup>13</sup> the abolition of the adoption is still 'necessitated' for the sake of the doctrine.<sup>14</sup> But this is hardly convincing.<sup>15</sup> In fact, the doctrine manages to explain the (ad hoc) legal act, whereas it fails to explain the (wider) legal reform and give an answer to the question under examination.

7. The prohibition of adoption might be seen as a part of the attempt to rearticulate the unifying element of the social order in the transition from the pre- to the post Islamic era. Before Islam, unity was based on the allegiance of the individuals to larger groups like tribes and clans. After Islam, unity should be based on the allegiance of the individuals to faith.<sup>16</sup> Remarkably, the practice of adoption opposed such a project because it was perpetuating the old model –the old model depended on alliances that increased the size of the host group and enhanced its military force and economic resources;<sup>17</sup> and although forging alliances did not entail adoption as a rule, adoption normally took place for *this* reason,

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 45.

<sup>7</sup> *Ibid*, pp. 45-47.

<sup>8</sup> *Ibid*, pp. 43, 44, 46-47, 122-123.

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 58.

<sup>10</sup> *Ibid*, pp. 50-63.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 53.

<sup>12</sup> *Ibid*, pp. 55, 57, 58, 59-61.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 58.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 231.

<sup>15</sup> Cf. also *ibid*, p. 62 (glossing over the objection).

<sup>16</sup> A. AL-AZHARY SONBOL, "Adoption in Islamic Society: A Historical Survey", in E. WARNOCK FERNEA (ed.), *Children in the Muslim Middle East*, Austin, University of Texas Press, 1995, pp. 45 et seq., especially p. 47; also, J. BARGACH, *Orphans of Islam: Family, Abandonment, and Secret Adoption in Morocco*, Lanham / Boulder / New York / Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2002, p. 52.

<sup>17</sup> See N. YASSARI, *supra* n. 1, pp. 932, 933 (with further references).

i.e. the securing of additional loyalties by binding the adoptee and the offspring of the adoptee, present and future, to the host group.<sup>18</sup>

8. The historical approach has of course its own shortcomings. It does not capture the *profound* ground for the opposition of Islam to adoption, that is also valid outside the above historical context, once tribes and clans are swept by historical evolution. This has to do with the significance of lineage (*nasab*) as ‘the backbone and most fundamental organizing principle *in* and *of* Muslim society’, and as ‘an identifying characteristic for claiming and embracing a Muslim identity’, a God-sent ‘blessing and grace’ that must be kept “‘clean and pure’”.<sup>19</sup> Adoption disrupts this representation, hence its prohibition in the Quran.<sup>20</sup>

### The substitute of kafala

9. The Islamic teaching prioritises charity for vulnerable children, notably orphans and foundlings.<sup>21</sup> At the same time, adoption is expelled from Islamic law. Admittedly, in the pre-Islamic setting, adoption had systematically worked ‘for the welfare of the clan and tribe’ rather than for the welfare of children in need.<sup>22</sup> Be it as it may, there was nothing inevitable about that. Had adoption been maintained –and its rationale reframed–, it ‘would have alleviated some of the pressure with respect to caring’ for this population.<sup>23</sup> The pressure now had to fall entirely on other mechanisms capable of filling the gaps created by the absence of the adoption.<sup>24</sup> One of these,<sup>25</sup> the most prominent, is *kafala*, a form of foster care or guardianship, defined as the voluntary undertaking of an adult (the *kafil*) to assume the maintenance, education and protection of a minor (the *makfoul*), in the same manner as the parents would do for their children.<sup>26</sup> In this sense, *kafala* bears strong resemblance with adoption. This notwithstanding, *kafala* is adjusted to the Quranic message and is not burdened with the ‘excesses’ of adoption: the former –unlike the latter– does not make someone else’s child one’s own child and does not lead to the falsification of bloodlines and natural order.<sup>27</sup>

### Harroudj v France

10. Can states bound by the ECHR withhold the right to adopt in the name of the Islamic prohibition of adoption? The ECtHR took a stand on this issue twice, first in its 2012 judgment on the

<sup>18</sup> See *ibid*, p. 933 (with further references).

<sup>19</sup> J. BARGACH, *supra* n. 16, pp. 56-57, 62, 58.

<sup>20</sup> *Ibid*, p. 62.

<sup>21</sup> See M. SAYED, “The Kafala of Islamic Law – How to Approach it in the West”, in *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2013, pp. 507 et seq., especially pp. 511-513; F. KUTTY, “Islamic ‘Adoptions’: Kafalah, Raadah, Istilhaq and the Best Interests of the Child”, in R. BALLARD, R. COCHRAN, N. GOODNO AND J. MILBRANDT (eds.), *The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines*, Newcastle upon Tyne, UK, Cambridge Scholars Publishing, 2015, pp. 526 et seq., especially pp. 552-554.

<sup>22</sup> N. YASSARI, *supra* n. 1, p. 934.

<sup>23</sup> F. KUTTY, *supra* n. 21, p. 544.

<sup>24</sup> *Ibid*, p. 544.

<sup>25</sup> The other two are legal fictions producing effects of maternity (*radaah*) and paternity (*istilhaq*) (*ibid*, p. 545). Further on *radaah* and on *istilhaq* see *ibid*, pp. 545-547 and 547-551, respectively; also N. YASSARI, *supra* n. 1, pp. 939 and 939-941, respectively. Moreover, on the informal (de facto) ‘adoption’, called *trebi*, which is widespread in Maghreb, see A. BÜCHLER AND E. SCHNEIDER KAYASSEH, “Fostering and Adoption in Islamic Law – Under Consideration of the Laws of Morocco, Egypt, and the United Arab Emirates”, *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law (EJIMEL)*, 6, 2018, pp. 31 et seq., especially pp. 39-40 (available at <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/157736/> accessed on 24 September 2020).

<sup>26</sup> See M. SAYED, *supra* n. 21, p. 513.

<sup>27</sup> See INTERNATIONAL REFERENCE CENTRE FOR THE RIGHTS OF CHILDREN DEPRIVED OF THEIR FAMILY (ISS/IRC), *Fact Sheet No 51, Specific case Kafalah* (available at [https://www.iss-ssi.org/2007/Resource\\_Centre/Tronc\\_DI/documents/FactSheetNo-51ENG.pdf](https://www.iss-ssi.org/2007/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/FactSheetNo-51ENG.pdf) accessed on 24 September 2020); K. O’HALLORAN, *The Politics of Adoption. International Perspectives on Law, Policy and Practice*, Dordrecht / Heidelberg / New York / London, Springer, 3rd edn., 2015, pp. 605, 621.

case *Harroudj v France*<sup>28</sup> and second in its 2015 judgment on the case *Chbihi Loudoudi and Others v Belgium*,<sup>29</sup> concerning a kafala set up in Algeria and Morocco, which was impossible to convert to adoption in France and Belgium, respectively. This paper concentrates on *Harroudj*, while it also draws comparisons with *Chbihi*, when appropriate.

11. *Harroudj* originates from the refusal of the French authorities to allow the adoption of an abandoned Algerian baby girl of unknown parents, Hind, by a French national, Ms K. Harroudj. In a nutshell:<sup>30</sup> In January 2004, the President of the Court of Boumerdès (Algeria) entrusted Hind –then, three months old– to Ms K. Harroudj under an arrangement of kafala and ‘authorised’ the first to leave with the second to settle in France. They arrived in France in February 2004 and ever since they had been living together. The request for the adoption followed in 2006; it was rejected by the Lyons Tribunal de Grande Instance, whereas the Lyons Court of Appeal and the Court of Cassation subsequently ratified this solution. As the French courts were in front of a case with an international character, they had to apply the French PIL rule relevant to adoption. The problem was that *this rule makes the child ineligible for adoption, precisely because of article 46 of the Algerian Family Code*.

12. The next parts will tackle the French PIL ban on adoption to present its technique and scope (II), demonstrate its relevance for the right to respect for family life (III), pinpoint its aim (IV) and review its proportionality (V). The paper embarks on thorough research on all the above levels, engaging meaningfully with the existing human rights literature and especially with the work of R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*,<sup>31</sup> from which it borrows essential analytical concepts and methodological tools on its way forward. *Harroudj* does not discern any mismatch of the French PIL ban on adoption with the ECHR, as we are about to see. In this way, it offers a rare example where the ECtHR considers certain sacrifices under the ECHR to be justified as a token of tolerance or hospitality of religious law (VI).

## II. The Islamic prohibition of adoption within the French PIL

13. Law no 2001-111 of 6 February 2001 inserted in the title VIII of the first book of the French Civil Code (hereinafter FCC) a new chapter III, entitled ‘du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l’effet en France des adoptions prononcées à l’étranger’, that contains articles 370-3 to 370-5. The provision of article 370-3 (2) is of importance to us. It reads:

Adoption of a foreign minor may not be ordered where his or her personal law prohibits that institution, unless the minor was born and resides habitually in France.

### 1. Technique of the PIL ban on adoption

14. Article 370-3 (2) FCC puts into effect within the French territory the prohibition of the Islamic law, statutory and religious (the two are intertwined). How is this accomplished? Interestingly, the French PIL does not designate as applicable the minor’s personal law and its prohibition, but declares the prohibition itself whenever this is located in the minor’s personal law.<sup>32</sup> At first sight, one might remark that, whether we proceed indirectly through a conflict of law rule or directly through a material rule, we end up with the prohibition anyway and the technique used has zero practical impact. Yet this is inexact. Based on the classical conflict of law rule, the prohibition would have effect only after pas-

<sup>28</sup> *Harroudj v France*, no 43631/09, 4 October 2012.

<sup>29</sup> *Chbihi Loudoudi et autres c Belgique*, no 52265/10, 16 décembre 2014.

<sup>30</sup> For a detailed account of the circumstances of the case see *Harroudj*, §§ 5-14.

<sup>31</sup> R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, New York, USA, OUP, 2010 (translated from German by J. RIVERS).

<sup>32</sup> Article 370-2 (2) FCC is not a conflict of law rule (règle de conflit) but a material rule (règle matérielle) of PIL (M.-L. NI-BOYET AND G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 6th edn., 2017, p. 208, no 280).

sing successfully the scrutiny of the French international public order.<sup>33</sup> Based on the material rule, the prohibition will have effect *without* such precondition, which is here devoid of sense, since here French substantive law takes command, and French substantive law is by no means ‘supervised’ by the French international public order, but, on the contrary, gives this notion its original shape and tenor.<sup>34</sup>

## 2. Objective scope

15. If the personal law of the minor prohibits only *full* adoption, then it goes without saying that *simple* adoption raises no issue in terms of article 370-3 (2) FCC. The question is whether this hypothesis holds true for the personal law of a minor coming from countries like Algeria and Morocco. According to a view initially taken by some French courts, the answer should be affirmative, on the argument that these countries provide for *kafala*, which can be considered as the Islamic form of simple adoption. Thus, simple adoption was usually granted on this basis.<sup>35</sup>

16. To put an end to this practice, the Chief Prosecutor laid appeal before the Court of Cassation in the interest of law against two such decisions of the Courts of Appeal of Reims and Toulouse. In 2006, the First Civil Division eventually quashed these with two decisions issued on the same day.<sup>36</sup> The lower courts were held to have violated article 370-3 (2) FCC by not applying it in the cases of minors from Algeria and Morocco, although the Algerian and Moroccan legislations contain a general prohibition of adoption, full *and* simple.<sup>37</sup> The attempt to single out simple adoption and portray the Algerian and Moroccan legislations as being well-disposed at least towards this distorted their position, as it proceeded from an incorrect equivalence of *kafala* with simple adoption. In (legal) reality, no equivalence of *kafala* with simple adoption exists.<sup>38</sup> To be sure, the parentage with the original relatives is left intact in *kafala* and in simple adoption, whereas it is extinguished in full adoption. However, both simple adoption and full adoption imply the *creation of a new filiation tie between adopter and adoptee –this overarching trait (missing from kafala) is the principal target of the Islamic prohibition!*<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Cf. *infra* at V.6 (n. 169).

<sup>34</sup> The French international public order is activated with the *exceptions to the rule* (see *infra* at 3 and at VI).

<sup>35</sup> See M.-C. LE BOURSICOT, “La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation”, *Droit et Cultures*, 59, 2010/1, pp. 283 et seq., especially p. 296 (available at <https://journals.openedition.org/droitcultures/2138> accessed on 24 September 2020); Y.A. ROBLEH, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, Thèse, Université de Grenoble, 2014, p. 284 (available at <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01124264/document> accessed on 24 September 2020).

<sup>36</sup> See Cour de Cassation, 1re 10 octobre 2006, no 06-15264 and no 06-15265 (available at [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) accessed on 24 September 2020).

<sup>37</sup> *Ibid*; also, H. FULCHIRON, “Adoption sur *kafala* ne vaut (à propos des arrêts Civ. 1re, 10 octobre 2006)”, *Recueil Dalloz*, 12, 2007, pp. 816 et seq., especially pp. 819-820.

<sup>38</sup> *Ibid*, pp. 818, 819; P. MURAT, “Le refus de la transformation en adoption”, *Droit de la Famille - Revue Mensuelle Lexis-Nexis Jurisclasseur*, 2009, pp. 37 et seq., especially p. 37, no 5 and p. 38, no 8.

<sup>39</sup> The only way to see things otherwise is to erase (?) this legal effect from the concept of ‘adoption’. See this attempt in N. YASSARI, *supra* n. 1; Id., “Recognizing Child Protection Measures in Middle Eastern Legal Systems as Equivalents to Adoption - a Fresh Look on Maghrebian *Kafala*, Iranian *Sarparasti* and Iraqi *Damm*”, in EUROPEAN PARLIAMENT. DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES. POLICY DEPARTMENT C: CITIZEN’S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Adoption: Cross-Border Legal Issues - Workshop 1 December 2015*, European Union, 2015, pp. 64 et seq. (available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536477/IPOL\\_STU\(2015\)536477\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536477/IPOL_STU(2015)536477_EN.pdf) accessed on 24 September 2020). The author criticises the ‘misapprehension’ of the concept of ‘adoption’ prevailing in the Western jurisdictions and suggests a definition thereof that illuminates the ‘essence of adoption’, its ‘lowest common denominator’ that remains stable no matter what incidental traits adoption ‘may or may not’ display from one jurisdiction to the other (Adding..., pp. 941-943; Recognizing..., pp. 65-66). According to this view, ‘[adoption] is [...] a way to generate an enduring bond between the new parents and the child, whereby the new parents are entrusted with [...] custody, administration of financial affairs, choice of residency, maintenance [of the child]’, or ‘a social connection on the basis of an intimate, personal relationship and a choice by the new parents to raise and care for the child as their own’ (Adding..., p. 943; Recognizing..., p. 66). It is against these ‘essentialia adoptionis’ that various Islamic institutions –*kafala* among them– organising the placement of the child in new homes are tested to find out whether they can qualify for adoption surrogates ‘regardless of their labeling’ (Adding..., pp. 943-962; Recognizing..., pp. 66-74). Even so, one cannot see how *kafala* is a suitable candidate here, when it does not share all the ‘essentialia adoptionis’. Their ‘func-

17. The demarcation of kafala from adoption was recently confirmed in the preliminary ruling delivered by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on 29 March 2019 in the case C-129/18 *SM v Entry Clearance Officer, UK Visa Section*,<sup>40</sup> after request from the Supreme Court of the UK (SCUK), concerning the interpretation of the Directive 2004/38/EC ‘on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States’. The SCUK questioned –inter alia– whether a child under kafala of a Union citizen falls to be described as family member who is ‘direct descendant’ within the meaning of article 2 (2) (c) of the Directive, in which case the right to entry and residence in the host country is granted automatically, or as ‘other family member’ within the meaning of article 3 (2) (a) of the Directive, in which case the right to entry and residence in the host country is granted if additional conditions are satisfied, most notably if the person is ‘dependant or member of the household of the Union citizen’. These additional conditions are both satisfied in the circumstances of kafala and the SCUK ‘has little doubt’ about it; but it is not willing to turn to article 3 ‘if in reality’ article 2 should be implemented instead. The CJEU admits that the notion of ‘direct descendant’ requires ‘an independent and uniform interpretation throughout the European Union’ (§ 50) and indeed a ‘broad’ one (§ 53), insofar as semantic canons and linguistic intuition permit it. In this context, it can be said that the adopted child has the place of direct descendant of the adoptive parent, whereas it is *not* the same for the child ‘in custody’ regarding the ‘permanent legal guardian’ (§ 55) and, more particularly, for the makfoul regarding the kafil (§ 56). These persons are *not* placed in ‘descending and ascending lines’, contrary to point 2.1.2. of the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38, suggesting that ‘descending and ascending lines’ exist even without genealogical background and reference to filiation.<sup>41</sup>

### 3. Subjective scope

18. Article 370-3 (2) FCC applies on a ‘foreign minor’ of prohibitive status, ‘unless the minor was born and resides habitually in France’. Therefore, there are three exceptions to this rule:

19. First, the PIL ban on adoption does not apply from the outset on a foreign minor of prohibitive status whose place of birth and habitual residence is France. This is not the case for the minor who meets none of the conditions because he was born abroad and his habitual residence is abroad, nor for the minor who meets only one of these because his habitual residence is in France but he was born abroad (as in *Harroudj*) or because he was born in France but his habitual residence is abroad –as the conjunction ‘and’ witnesses, the two conditions are cumulative and must concur to establish the exception.<sup>42</sup>

20. Second, the PIL ban on adoption ceases to apply when the minor of prohibitive status acquires the French nationality (irrespective of whether he/she keeps or loses his/her initial nationality<sup>43</sup>). Un-

---

tionalist’ description produces a shift of emphasis on the axis of *parental responsibility*, but this is as far as it gets. No matter how downplayed, the change on the level of *parentage* remains persistently into the picture –adoption makes ‘new parents’, as it is conceded, and, what is more, this is the primary legal effect by whose virtue parental responsibility is further attributed, whereas in kafala we always have non-parents acting *in loco parentis* [the author, on her part, treats differently the Moroccan kafala, that is not considered adoption substitute because of lack of permanence (Adding..., pp. 950, 951; Recognizing..., pp. 67-68), and the Algerian kafala, that is considered adoption substitute despite lack of permanence (Adding..., pp. 952-954; Recognizing..., pp. 68-69), thus ending up to a highly controversial position, advocated on expediency grounds: ‘for the sake of [the] recognition in a Western court’ of –at least– the Algerian kafala (Adding..., p. 954; Recognizing..., p. 69)].

<sup>40</sup> Available at <https://curia.europa.eu/> accessed on 24 September 2020.

<sup>41</sup> See also the Opinion of Advocate General C. SÁNCHEZ-BORDONA, delivered on 26 February 2019, Case C-129/18, *SM v Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (available at <https://curia.europa.eu/> accessed on 24 September 2020).

<sup>42</sup> See also H. FULCHIRON, *supra* n. 37, p. 817.

<sup>43</sup> See SÉNAT. COMMISSION DES LOIS, *Rapport n° 164 (2000-2001) fait par N. ABOUT*, p. 24 (available at <https://www.senat.fr/rap/100-164/100-1641.pdf> accessed on 24 September 2020); also, circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, BOMJ n° 2014-11 du 28 novembre 2014 – JUSC1416688C, p. 8 at n. 31 (available at [http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2014/11/cir\\_38976.pdf](http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2014/11/cir_38976.pdf) accessed on 24 September 2020).

der article 21-12 no 1 FCC, the child has the right to become French citizen if it has been placed under the foster care of a French citizen by judicial decision –which can be a judicial decision of kafala– for a certain period. This period was initially set to 5 years, but it later dropped to 3 years on the occasion of the promulgation of law no 2016-297 of 14 March 2016 regarding the protection of the child.<sup>44</sup>

21. Third, the PIL ban on adoption ceases to apply when the minor of prohibitive status attains majority.

### III. Right to adopt and right to respect for family life under article 8 ECHR

#### 1. Connection with ‘family life’

22. The applicant claimed that article 8 ECHR applied in her case in its limb concerning the ‘right to respect for family life’,<sup>45</sup> from which a right to adopt –foreclosed to her in France– derives. The ECtHR recalled that the ECHR guarantees no right to respect for family life and, as a result, no right to adopt, just to satisfy the desire ‘to found a family’.<sup>46</sup> It presupposes some family tie that adoption would safeguard and further develop. This might be a tie of two sorts, a mere de facto tie that adoption would vest with an original legal form<sup>47</sup> or a de jure tie –especially a functioning one– that adoption would vest with a new legal form. The last scenario was confirmed in *Harroudj*, given the kafala arrangement and the continuous cohabitation of the kafil with the makfoul.<sup>48</sup> Therefore, the complaint was compatible with the ECHR *ratione materiae*.<sup>49</sup>

#### 2. Nature of the right

23. The ECtHR then examined the complaint ‘in terms of positive obligations’ of the state.<sup>50</sup> This stance should be approved. From the word ‘respect’ mentioned in article 8 § 1 ECHR ensue state obligations for negative action and state obligations for positive action.<sup>51</sup> There are, accordingly, two types of rights against the state, ‘defensive rights’ and ‘performance rights’,<sup>52</sup> and indeed not only rights to factual performance but also rights to normative performance,<sup>53</sup> a subcategory embracing –inter alia– rights to private law ‘competences’ or ‘powers’ by which individuals are enabled to engage in ‘institutional acts’ and alter private law positions.<sup>54</sup> Such are, for example, the right to marry, the right to divorce, the right to acknowledge and to contest paternity or the right to adopt.

<sup>44</sup> See article 42 amending article 21-12 no 1 FCC.

<sup>45</sup> *Harroudj*, § 28. Cf. *Chbihi*, § 72.

<sup>46</sup> *Harroudj*, § 41 and in the same sense also e.g. *Fretté v France*, no 36515/97, 26 February 2002, § 32; *E.B. v France*, no 43546/02, 22 January 2008, § 41 (citing exceptions to the rule); *Gas and Dubois v France*, no 25951/07, 15 March 2012, § 37.

<sup>47</sup> On this see G. LETSAS, “No Human Right to Adopt?”, *UCL Human Rights Review*, 1, 2008, pp. 135 et seq., especially pp. 142, 153.

<sup>48</sup> See *Harroudj*, §§ 46, 35.

<sup>49</sup> It sounds correct that the right to adopt may also be seen as an aspect of the ‘right to respect for private life’, which is ‘a broad concept that encompasses [...] the right to establish and develop relationships with other human beings [...] and both the decisions to have or not have a child’ [see *E.B.*, § 43, although the ECtHR concludes with an enigmatic position as regards the right to adopt and the ambit of ‘private life’, holding that the right will fall *within* the ambit when article 8 ECHR is taken in conjunction with article 14 ECHR (*E.B.*, §§ 41-45, 47-52), but it may fall *outside* the ambit when article 8 ECHR is taken alone (*E.B.*, § 46)! On such ‘flexible “ambit” test’ see J. GERARDS, “Chapter 30. Prohibition of Discrimination (Article 14 and Article 1 of Protocol No. 12)”, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN AND L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge / Antwerp / Portland, Intersentia, 5th edn., 2018, pp. 997 et seq., especially p. 1000].

<sup>50</sup> *Harroudj*, § 47; also, *Chbihi*, § 90.

<sup>51</sup> *Marckx v Belgium*, no 6833/74, 13 June 1979, § 31.

<sup>52</sup> R. ALEXY, *supra* n. 31, pp. 122-126 and 126-127, respectively.

<sup>53</sup> *Ibid*, pp. 126-127, 294-296.

<sup>54</sup> *Ibid*, pp. 149-159, 324-326.

24. A similar pattern is observable in *Wagner and J.M.W.L. v Luxembourg*,<sup>55</sup> where the issue faced by the forum was the enforcement of a foreign adoption and not the adoption per se. Surprisingly, the ECtHR approached this ‘from the aspect of a negative obligation’ of the forum<sup>56</sup> and, consequently, contrasted *Harroudj* (and *Chbihi*) with *Wagner*.<sup>57</sup> In substance, though, there is no structural difference between the request for recognition of an acquired status, as in *Wagner*, and the request for constitution of a new status, as in *Harroudj* (and *Chbihi*), by the forum. In both instances, the legal positions of adopter and adoptee are absent within the domestic legal order and the request is precisely for the forum to take action to release legal consequences of adoptive filiation. In this regard, one might perhaps perceive a ‘less’ or a ‘more’ energetic contribution of the forum, depending on whether its action extends the acquired status (recognition) or builds the new status from scratch (constitution). In any event, one should not forget that it is always about positive, norm-enacting action, granting the stakeholders the right to reach the court and bring about a status-conferring ruling. At no point is the abstinence of the forum efficient.<sup>58</sup>

### 3. Limits of the right

25. The effect of article 370-3 (2) FCC is the negation of the applicant’s competence or power –i.e. her ‘disability’<sup>59</sup>– to adopt. Yet the article 8 ECHR right is not absolute. Some *justification* may exist under which the disability comes off as the consequence of a mere limitation and not a violation (infringement, breach) of the right to respect for family life.<sup>60</sup>

26. As the division of article 8 ECHR in its two paragraphs suggests, the right to respect for private and family life is a ‘two-stage’ right, one marked by the ‘bifurcation’ of scope (paragraph 1) and limiting clause (paragraph 2).<sup>61</sup> To illustrate the key points of the idea: On the first level, the field of the *prima facie* right is circumscribed and the situations in which an interference with this takes place are highlighted. On the second level, in presence of an interference, all reasons for and against protection (‘respect’) are put on the scales to reach a definitive conclusion about the application of the limiting clause. In particular: either there is a case for protection, meaning that the interference is not covered by the clause and the *prima facie* right turns into a *definitive right*; or there is a case against protection, meaning that the interference is covered by the clause and the *prima facie* right turns into a *definitive no-right*.<sup>62</sup> Two ought-judgments (on *prima facie* and *definitive ought*) decide on the norm emerging from article 8 ECHR.

27. However, the above scheme has been strictly tied to negative rights and obligations; when it comes to positive rights and obligations, the division is abandoned. The ECtHR is adamant that the

<sup>55</sup> *Wagner and J.M.W.L. v Luxembourg*, no 76240/01, 28 June 2007.

<sup>56</sup> *Ibid*, § 123.

<sup>57</sup> *Harroudj*, § 47; *Chbihi*, § 91.

<sup>58</sup> Of course, *once the status is conferred* (through judicial recognition or constitution), the next question concerns the right of its occupants to keep it. Still, there are two ways to see this, either as a right to a negative action of the legislature (*non-removal* of status) or as a right to a positive action of the legislature (*maintaining-in-force* of status) (R. ALEXY, *supra* n. 31, p. 127 at n. 72 and p. 320). – However, the above do not have the meaning that a request for status recognition and a request for status constitution are to be treated alike (see *infra* at V.1).

<sup>59</sup> *Ibid*, pp. 151, 155.

<sup>60</sup> On the distinction between *Einschränkung* and *Verletzung* of the right see *ibid*, pp. 180, 182.

<sup>61</sup> J. GERARDS AND H. SENDEN, “The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, 7, 2009, pp. 619 et seq.; also, G. VAN DER SCHYFF, “Interpreting the protection guaranteed by two-stage rights in the European Convention on Human Rights: The case for wide interpretation” and L. LAVRYSEN, “The scope of rights and the scope of obligations: Positive obligations”, as these texts feature in E. BREMS AND J. GERARDS (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: the Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, New York, USA, CUP, 2013, at pp. 65 et seq. and 162 et seq., respectively.

<sup>62</sup> R. ALEXY, *supra* n. 31, pp. 181-184 and especially pp. 183, 184. On the *prima facie* and *definitive* character of principles more generally see *ibid*, p. 57.

positive modality of ‘respect’ of paragraph 1 ‘is not clear cut’ and ‘the notion’s requirements will vary considerably from case to case’.<sup>63</sup> Only after having struck a ‘fair balance’ of the reasons weighing for and against the positive right does it become possible to say ‘*whether or not a positive right exists*’<sup>64</sup> and a state omission –such as the failure to grant the right to adopt– falls under its scope. If reasons for respect prevail, a positive right exists and the omission is unjustified. This is a case of violation of the right. If reasons against respect prevail, no positive right exists and the omission is justified. This is a case of limitation of the right, albeit in a metaphorical sense:<sup>65</sup> limitation is here anything but definition, what delineates the right’s own ‘extent’ or ‘content’.<sup>66</sup> Whatever is the upshot (violation or limitation), this is already determined *within paragraph 1*, ‘without there being any call to examine it under paragraph 2’.<sup>67</sup>

**28.** This approach is rightfully criticised.<sup>68</sup> First, it is not persuasive how the same provision (article 8 ECHR), common *sedes materiae* for the negative and the positive right to respect for private and family life, requires different formal frameworks for the description of each of them and allows room for wide and narrow theories of scope of right<sup>69</sup> to operate side by side. Second, the construction of the positive right is practically problematic in itself, regarding the applicable conditions of limitation. These do not coincide exactly with the corresponding ones of paragraph 2, which would have simply shifted to the environment of paragraph 1. The discussion here takes another turn, as the rigorous three-pronged test asking whether a state action (in the context of the negative right) is (a) ‘in accordance with the law’, (b) whether it is directed towards a specific legitimate aim picked among ‘national security’, ‘public safety or the economic well-being of the country’, ‘the prevention of disorder or crime’, the ‘protection of health or morals’ or ‘the protection of the rights and freedoms of others’, and (c) whether it is ‘necessary in a democratic society’, *is reduced to point (c)* whenever a state omission (in the context of the positive right) is concerned.<sup>70</sup> Importantly, thus, ‘fair balance’ or ‘proportionality’ suffices and the fact that point (a) or/and point (b) may not be satisfied is inconclusive. This renders two extra safeguards set against state action pointless against state omission.

**29.** For these reasons, it would be preferable if the ECtHR rejected the ‘negative/positive dichotomy’ and used a unified methodology for the negative and the positive right.<sup>71</sup> However, this is not how things stand at present. The analysis is bound to deal with a choice steadily made in the previous case law<sup>72</sup> and reiterated in *Harroudj* (and *Chbihi*) without reservation.<sup>73</sup>

<sup>63</sup> *Harroudj*, § 47.

<sup>64</sup> *Ibid*, § 47.

<sup>65</sup> As pointed out by R. ALEXY, *supra* n. 31, p. 181 at n. 11.

<sup>66</sup> The limitation is ‘*immanent*’ (*ibid*, p. 179).

<sup>67</sup> So, paradigmatically, *Marckx*, *supra* n. 51, § 31. – In this connection, it seems reasonable –at least up to a certain point; see immediately *infra*– that the ECtHR shows reluctance to understand state omission as ‘*interference*’ with the right to respect for family life (*Harroudj*, § 47; *Chbihi*, § 90; *Marckx*, *supra* n. 51, § 31). It makes little sense to speak of ‘*interference*’ with something which is still unknown ‘whether or not exists’. Since the object of prima facie right is unavailable and one must proceed exclusively on the basis of definitive positions, what triggers the interplay of reason and counter-reason leading to the definitive positions (rights or no-rights) cannot be labelled invariably ‘*interference*’. State omission *is* such in the first scenario –individuals suffer interference with rights they have. State omission *is not* such in the second scenario –individuals do not suffer interference with rights they have not. Qualification is revealed through balancing (cf. R. ALEXY, *supra* n. 31, pp. 180, 182).

<sup>68</sup> L. WILDHABER AND S. BREITENMOSER, *Internationaler Kommentar zur EMRK*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1992, Art. 8 nos 13, 14, 55-60, 75 and the concurring opinion of judge L. WILDHABER in *Stjerna v Finland*, no 18131/91, 25 November 1994. In the same vein, more recently: J. GERARDS AND H. SENDEN, *supra* n. 61, pp. 634-653; G. VAN DER SCHYFF, *supra* n. 61, pp. 77-82; L. LAVRYSEN, *supra* n. 61, *passim*.

<sup>69</sup> On these see R. ALEXY, *supra* n. 31, pp. 200-217.

<sup>70</sup> L. LAVRYSEN, “Chapter 4. System of Restrictions”, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN AND L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge / Antwerp / Portland, Intersentia, 5th edn., 2018, pp. 307 et seq., especially p. 325.

<sup>71</sup> See the authors *supra* n. 68 and foremost the concurring opinion of judge L. WILDHABER in *Stjerna v Finland*, no 18131/91, 25 November 1994.

<sup>72</sup> See after *Marckx*, *supra* n. 51, indicatively, *Rees v The United Kingdom*, no 9532/81, 17 October 1986, § 37; *Hatton and Others v The United Kingdom*, no 36022/97, 8 July 2003, § 98.

<sup>73</sup> In any event, the PIL ban on adoption satisfies point (a) and point (b) of article 8 § 2 ECHR. As to point (a), the PIL ban

## IV. Aim of the PIL ban on adoption

### 1. Disregard for the child's interest

30. Having read *Harroudj*, one is rather convinced that article 370-3 (2) FCC does not work in the interest of the child in the instant case (Hind), nor of any other child found in an analogous position. The following lines will try to elaborate this insight. The analysis takes note that the interest of the child is multifaceted, it organises the arguments for and against adoption and finally draws up a 'balance sheet' of the 'pros' and the 'cons', showing that the adoption would do more good than bad to the child – a missed opportunity because of article 370-3 (2) FCC.

#### A) The interest of the child against adoption

31. In a situation of international displacement, the child has an interest in the continuity of its legal status and cultural identity. As suggested, the PIL should adjust to this 'spatial' or 'conflictual' interest to promote the 'international welfare' ('bien-être international') of the child.<sup>74</sup> This is the task that article 370-3 (2) FCC sets to accomplish with the prohibition of adoption.<sup>75</sup> In particular:

32. First, adoption is considered problematic because *it leads to the establishment of a limping family relationship*. Indeed, the adoptive filiation would be valid in France and invalid in the country of origin, where it is not merely unregulated but it is moreover anathema; therefore, the child would be divided between different personal status in different places. This 'pitfall' is sidestepped with the maintenance of *kafala*, a uniform personal status that the child enjoys both in France and in the country of origin.<sup>76</sup>

33. Second, adoption is considered problematic because *it runs contrary to the child's cultural identity*. The idea is that provisions like article 46 of the Algerian Family Code are not reducible to mere 'technical rules', akin to those that govern tenancy or transfer of property, just to mention a few, but they are rather 'cultural rules',<sup>77</sup> ingrained in the religious tradition that they faithfully reflect by duplicating the Quranic prohibition of adoption.<sup>78</sup> In this light, the adoption of the child is not so straightforward in terms of its cultural identity if the latter is also modelled by 'cultural rules'.<sup>79</sup> The objection is that the application of Western norms conflicting with Islamic norms of such kind compromises the child's cultural development and, even worse, appears as an attempt to reverse this already undergoing process by 'forced assimilation' ('forcierte Assimilierung').<sup>80</sup> In conclusion, 'the most appropriate legal institution', capable of fully supporting the child's bond with its origins, is not offered by Western law but by Islamic law; it is not the adoption but the *kafala*.<sup>81</sup>

---

has an accessible and precise basis in national law (article 370-3 (2) FCC), displaying all the necessary elements of the 'quality of law'. As to point (b), *some* part of the public interest furthered by the PIL ban intersects with the 'protection of the rights and freedoms of others' (see *infra* at IV.2.A) *in fine*).

<sup>74</sup> P. HAMME, "L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé", in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 365 et seq., especially pp. 368-375.

<sup>75</sup> P. HAMME, "L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux", *Recueil Dalloz*, 43, 2012, pp. 2947 et seq., especially p. 2949, no 10.

<sup>76</sup> COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2013. L'ordre public*, p. 472 (available at [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2013\\_6615/](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/) accessed on 24 September 2020).

<sup>77</sup> On the distinction between 'technische Regeln' and 'kulturelle Regeln' see E. JAYME, "Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 67, 2003, pp. 211 et seq., especially p. 219.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 217; E. JAYME, "Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 4, 1996, pp. 237 et seq., especially pp. 238-239.

<sup>79</sup> E. JAYME, *supra* n. 77, p. 217; *Id.*, *supra* n. 78, pp. 238-239.

<sup>80</sup> E. JAYME, *supra* n. 78, p. 238.

<sup>81</sup> E. JAYME, *supra* n. 77, p. 217; *Id.*, *supra* n. 78, p. 239. – The problem for the cultural identity of the child is aggravated when adoption is a reason for the *termination of kafala* or/and the *removal of nationality* in the country of origin. This is not

34. However, the previous description of the ‘spatial’ interest of the child to avoid adoption – because adoption brings on a limping personal status and alteration of the cultural identity– moves on an abstract plane. One has to go beyond this and ask what is the significance of these –by definition, negative– effects *for the concrete child*, based on its specific circumstances and characteristics? These factors determine the interest of the child in the ‘substantial’ or ‘material’ sense<sup>82</sup> that is called to evaluate the causes of concern spotted so far under real-life conditions. At the end of the day, this is all that matters. Concerns on the ‘spatial’ level can be taken into consideration only if they are also relevant to the ‘material’ level, i.e. if the spatial and the material interest overlap. Otherwise, ‘spatially’ salient but ‘materially’ indifferent concerns should be discounted as merely speculative.

35. The profile of the child in *Harroudj* is familiar: she is an abandoned makfoul of unknown parents in Algeria that she left when she was three months old to stay permanently with her kafil in France.<sup>83</sup>

36. Within this context, the child is *not immune* to the aforementioned risks just because no ties with the home country exist. This does not rule out the possibility of future harm: First, the child may be exposed to the trauma of limping status if she visits or relocates to her home country. Second, the child may be exposed to the trauma of alteration of cultural identity as cultural precepts are passed down to her by her caregiver –‘a sensible and honest Muslim’, as the Algerian court has found her to be, applying article 118 of the Algerian Family Code– and she discovers her religious and national heritage away from her home country.

37. On the other hand, the absence of ties makes a difference and the child is *relatively shielded* from risks on both levels. On the first, contact with the home country seems statistically rare; and even in this contingency, the ramifications induced by the denial of adoption shall consist in administrative difficulties alone, with no dispute being raised by the biological mother or father, willing to claim their rights over the child. On the second, one might wonder how deep can go the trauma that adoption signifies for the cultural identity, when the child experiences it precisely through the lens of cultural precepts learned from a Muslim with a liberal outlook on adoption, a Muslim who pursued her adoption.

38. In sum, some risks remain (small or great, it is not the issue for now) that underpin a certain material interest of the child against adoption.

## B) The interest of the child for adoption

39. The flip side of the coin is that adoption can also advantage the child in several respects.

40. Primarily, adoption creates parentage there where only foster care exists: the relationship of kafil and makfoul is upgraded into a more fundamental relationship of father or mother and son or daughter, as the case may be.

41. Moreover, there are secondary-reflex legal effects, associated with parentage. Some of them reach further than the legal effects of kafala, even if these were recognised in France in their totality.<sup>84</sup> Still, adoption confers French nationality automatically or makes French nationality accessible sooner

---

the case in *Harroudj* because the Algerian legislation appears mild in this regard. But these extra parameters should be given consideration, for example, when the child comes from Morocco (where adoption may lead to the termination of kafala) or Egypt (where adoption may lead to the removal of nationality).

<sup>82</sup> P. HAMMJE, *supra* n. 74, pp. 376-381.

<sup>83</sup> See *supra* at I.

<sup>84</sup> Which is not actually the case; see *infra* at V.1 *in fine*.

by declaration,<sup>85</sup> it gives a more safe solution for residence in France,<sup>86</sup> it entitles to more social benefits<sup>87</sup> and, last but not least, it entails rights of the adoptee on the estate of the adopter by operation of law, namely rights of succession *ab intestat* or succession to a reserved portion.

42. Notably, all the above are also important for the psychological well-being of the child, as, first they inspire to the child a sense of security and stability, and second they assist the child to build identity as member of the new family and community, equal to anyone else enjoying the same treatment in the host country.

### C) The interest of the child all things considered

43. In this section, the conflicting interests of the child regarding adoption will be put on the scales to assess their weight and compare them to each other.<sup>88</sup> If the losses from being adopted outstrip gains, then the child has an interest contra adoption all things considered. If the gains from being adopted outstrip losses, then the child has an interest pro adoption all things considered. The balancing should offset some values on both sides and result in a residual quantity, negative or positive, that determines which option (contra or pro adoption) meets the best interest of the child.<sup>89</sup>

44. It can be maintained that, under the conditions presented above, the child would be overall better off *with the adoption than without it*. The risks for the continuity of status and cultural identity are not decisive for the outcome of balancing.

45. As regards the (confined)<sup>90</sup> risk of harm from the limping status, this is ‘tolerable’ and ‘admissible’,<sup>91</sup> given the improvement that the adoption means for the child on the many levels of parentage, nationality, social benefits, succession rights, and psychological enhancement.<sup>92</sup>

46. As regards the (confined)<sup>93</sup> risk of harm from the alteration of the cultural identity, this is defeated on its own terrain. It has to be born in mind that the individual cultural identity is not necessarily uniform; more often than not, it comes up as a constellation of multiple collective identities from which the individual draws during its course of life.<sup>94</sup> This also applies in *Harroudj*, where the child identifies *in tandem* with the country of origin and the receiving country, while these identifications pull to different directions *vis-à-vis* the prohibition or the permission of its adoption. The prohibition will expand the original cultural identity and detract from the French counterpart. The permission will expand the

<sup>85</sup> See articles 20 (2) FCC (on full adoption) and 21-12 (1) FCC (on simple adoption), respectively.

<sup>86</sup> See generally O. DUBOS, “La *kafala* et le juge administratif : court séjour au pays de l’insécurité juridique”, *Droit de la Famille - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2009, pp. 22 et seq.

<sup>87</sup> See generally M. BADEL AND O. PUJOLAR, “*Kafala* et droits sociaux”, *Droit de la Famille - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2009, pp. 25 et seq.

<sup>88</sup> On the need of balancing see the remarkable ReZ (A Child) (Egyptian fostering UK adoption) [2016] EWHC 2963 (Fam) [Russell], paras 113-114 (quoting other relevant authorities) (available at <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed168798> accessed on 24 September 2020) and S. BOLLÉE, “La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adopter un enfant recueilli en *kafala* (Cour eur. dr. h., Harroudj c. France, 4 octobre 2012)”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 95, 2013, pp. 717 et seq., especially p. 723.

<sup>89</sup> Of course, a *stalemate* between the options pro and contra adoption cannot be excluded beforehand.

<sup>90</sup> See *supra* at IV.1.A) *in fine*.

<sup>91</sup> H. MUIR WATT, “La loi nationale de l’enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l’adoption internationale”, *Journal du Droit International (Clunet)*, 4, 2001, pp. 995 et seq., especially pp. 1019-1020.

<sup>92</sup> In this connection, it is emphasised that the consequence of limping status does not impede *the acknowledgment of paternity* of the Muslim child, even if the judgment of acknowledgment of paternity has no more chances than the judgment of adoption to be recognised in the country of origin (*ibid*, p. 1019 at n. 98).

<sup>93</sup> See *supra* at IV.1.A) *in fine*.

<sup>94</sup> L. CANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures*, Maubeuge, France, ADI-Poche, 2013, p. 26, no 12 and p. 28, no 14.

French cultural identity and detract from the original counterpart. This tension, internal to the configuration of the individual cultural identity, is resolved –in the child’s interest– by reasoning in terms of ‘proximity’ and by subjecting the issue to the law of the country with which the child has stronger attachments.<sup>95</sup> In this connection, the lack of a family in the country of origin as against the existence of a family in the receiving country, and the short past in the country of origin as against the future ahead in the receiving country attest to a ‘shift of balance’ in favour of the law of the receiving country as the most adequate to protect the child’s self-perception and sentiment of belonging.<sup>96</sup>

47. Likewise, nothing changes when the two objections to the adoption join forces and cease being considered separately.

48. After all, the French legislator himself weighs in and dismisses these objections when he introduces exceptions to the PIL ban on adoption for some foreign minors of prohibitive status if they were born and reside habitually in France or if they were under foster care for 3 years and have become citizens of France.<sup>97</sup> The risks of limping status and alteration of the cultural identity, if adoption proceeds, are the same for them as for the rest of the group who do not possess such characteristics!

49. As a last remark, let it be clarified that no additional objection to the adoption exists from the point of view of the child in *Harroudj*, despite the contention set forth in the judgment that children falling under article 370-3 (2) FCC are in an uncertain phase, during which the need emerges ‘to encourage the[ir] integration [into French society] without cutting them off immediately from the rules of their country of origin’.<sup>98</sup> This is an overgeneralisation. In essence, children falling under article 370-3 (2) FCC are a heterogeneous aggregate. The concern is valid for those of them who arrive in France at a late stage of their lives, parting from their parents in the country of origin (and the same goes for late comers orphaned youngsters). The concern is not valid for those of them who arrive in France at an early stage of their lives, having been abandoned by their parents in the country of origin (and the same goes for early comers orphaned babies). Regarding the last subcategory, the PIL ban on adoption is unamenable to an explanation relevant to the interest that someone would supposedly have in being guided ‘gradually’ to the path of adoption.<sup>99</sup>

## 2. Commitment to the public interest

50. If the restriction of the right to adopt does not serve the interest of the child of prohibitive status, then what is left is to correlate it with the ‘public interest’<sup>100</sup> or the ‘general interest of the community’.<sup>101</sup> What does this collective interest refer to? This seems to be relevant to policy considerations well summarised in the French Senate’s approval of the PIL ban on adoption on the grounds that ‘[it was not] desirable to impose unilaterally the application of the French law to foreign States cultivating a conception opposite to ours’.<sup>102</sup> The diplomatic concern here remains vague, but its linkage with more concrete reasons is possible. There are two such reasons. A first explanation is that we must refrain

<sup>95</sup> P. HAMMJE, *supra* n. 74, pp. 372-375.

<sup>96</sup> H. MUIR WATT, *supra* n. 91, pp. 1006-1007 (especially p. 1007: ‘changement d’équilibre’).

<sup>97</sup> See *supra* at II.3.

<sup>98</sup> *Harroudj*, § 51. According to the ECtHR, ‘objective signs of [...] integration into French society’ are missing in the beginning and can only be seen over time. The argument of the French Government is in the same sense, namely that a period of delay should work as a testing period for the viability of adoption (rather so, *ibid*, § 39).

<sup>99</sup> See also N. HERVIEU, “L’adoption internationale aux prises avec la kafala sous le regard européen”, *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012 (available at <https://revdh.wordpress.com/2012/10/08/adoption-internationale-kafala-regard-europeen/> accessed on 24 September 2020).

<sup>100</sup> *Harroudj*, § 51.

<sup>101</sup> *Ibid*, § 47.

<sup>102</sup> SÉNAT. COMMISSION DES LOIS, *supra* n. 43, p. 23 and, in the same vein, COUR DE CASSATION, *supra* n. 76, p. 472: article 370-3 (2) FCC ‘is aimed at not imposing unilaterally a European conception of adoption’.

from imposing our law on the Islamic states because we worry about their backlash. The imposition could be counterproductive. A second explanation is that we must refrain from imposing our law on the Islamic states because we respect their sovereignty. The imposition would be inherently wrong. In other words, the PIL ban on adoption may show up as an ‘instrumentally-rational’ (Zweckrational) or as a ‘value-rational’ (Wertrational) legal effect, depending on the angle of view and the rationality attributed to the legislative action.<sup>103</sup> We will examine these points in turn.<sup>104</sup>

### A) The Islamic state’s backlash

**51.** It is not uncommon for intended parents to set out to establish a kafala in a country where adoption is prohibited, just to be entitled to take the child in their country where adoption is permitted and seek there the transformation of the kafala into adoption. If the plan can go ahead without sanction in the permissive country, then it pays off at the expense of the prohibitive country, for which the situation lies beyond its control as soon as it passes its borders. Under such conditions, its only alternative is self-defense: *the denial of inter-country kafala when this is anticipated to serve as the antechamber of adoption.*

**52.** A case in point is the circular no 40 S/2 of 2012, issued by the Ministry of Justice and Liberties in Morocco.<sup>105</sup> The circular instructed the prosecutors at the courts of appeals and the first instance courts to detect the applications for kafala submitted by foreigners with residence abroad<sup>106</sup> and bring this to the attention of the competent judges to reject the applications. The major reason of the circular is that compliance with the law no 15-01 of 13th of June 2002 ‘concerning the care (kafala) of abandoned children’ cannot be ensured due to the difficulty of collecting reliable information about foreign residents. Thus, as it is impossible to assess *ex ante* or to follow-up their performance in the exercise of their duties (as per articles 16 and 19, respectively), the chances increase for the court to err and either award a kafala where it should not do so or not revoke a kafala where it should do so, leaving the child in the hands of incompetent persons (notably those failing to provide for the Islamic education and upbringing of the child). On top of that, even if all these thoughts causing disquiet are set aside, there is always the suspicion of ‘denaturalisation of the institution of kafala’ through the adoption of the makfoul by the kafil.<sup>107</sup> Therefore, it transpires that the problem with inter-country kafala may be more complex than the opening paragraph described it.

**53.** The reception of the circular by the judges was unequal.<sup>108</sup> On some occasions they continued, as before, to examine the sufficiency of the evidence before them on the applicants’ ability and

<sup>103</sup> On these ideal types expressing different ways of orientation of the social action in general see M. WEBER, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, edited by G. ROTH AND C. WITTECH, Berkeley / Los Angeles / London, University of California Press, 1978, pp. 24-25.

<sup>104</sup> There have been *de lege ferenda* proposals to make a child of prohibitive status immediately adoptable when it has been abandoned (Y.A. ROBLEH, *supra* n. 35, pp. 315-317) or has its habitual residence in France [GROUPE DE TRAVAIL « PROTECTION DE L’ENFANCE ET ADOPTION », *40 propositions pour adapter la protection de l’enfance et l’adoption aux réalités d’aujourd’hui*, présidé par A. GOUTTENOIRE, Ministère des affaires sociales et de la santé. Ministère délégué chargé de la famille, 2014, pp. 92, 94 (Proposition no 30) (available at <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000303.pdf> accessed on 24 September 2020)]. Interestingly enough, these proposals do not go so far as to accept *full* adoption, but only consider *simple* adoption (Y.A. ROBLEH, *supra* n. 35, pp. 317-318; GROUPE DE TRAVAIL..., pp. 92, 94), with a view to embarrass as little as possible the country of origin (Y.A. ROBLEH, *supra* n. 35, p. 318; GROUPE DE TRAVAIL..., p. 92). What follows in the main text accounts also for such cautious approaches.

<sup>105</sup> Available (in French) at <http://www.kafala.fr/la-kafala/circulaire> accessed on 24 September 2020.

<sup>106</sup> The circular does not extend to *Moroccans* with residence abroad, according to the explication offered by the Ministry in the letter no 6902 of 20 November 2012 (*ibid*).

<sup>107</sup> See H. BRAHIMI of the Ministry, at the workshop organised by the Centre Unesco Droits et Migrations, at Rabat, on 22 December 2013, on the topic « Problématique du contrôle et du suivi des enfants *Makfouls* par des familles au Maroc et à l’étranger » (available at <http://cudm.net/problematique-du-controle-et-du-suivi-des-enfants-makfouls-par-des-familles-a-maroc-et-a-letranger/> accessed on 24 September 2020).

<sup>108</sup> Cf. K.E. HOFFMAN, “Morocco”, in N. YASSARI, L.M. MÖLLER AND M.C. NAJM (eds.), *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, The Hague, The Netherlands, Springer, 2019, pp. 231 et seq., especially p. 260.

good faith, according to their intimate conviction. On other occasions they hardened their stance. The impact was especially felt by applicants who, at the time of the change of policy, had embarked on a procedure of kafala and had been assigned children within this framework. It is reported that several pending cases involving Spanish citizens were unblocked only after the Spanish government pledged to address the critical issues raised by Morocco, namely to facilitate the oversight of the Islamic education and upbringing of the children under kafala and also to take care that these children remain under kafala.<sup>109</sup> As to the last point, it is interesting to remark that the initial measure, to bring to a halt the practice of the adoption of children of prohibitive status, would soon be consolidated in a formal provision against the adoption of children of prohibitive status with the enactment of a *PIL ban*.<sup>110</sup>

**54.** Such regulation exists in article 370-3 (2) FCC since 2001. The French scholarship was quick to see the message sent out to the foreign authorities: these should rest assured that French citizens cannot flout them by concealing their ulterior motive, which is no other than the adoption of the child once they are on French soil –adoption is not possible!<sup>111</sup> Granted, it may become possible after 3 years, when the child has the right to become French citizen (see article 21-12 no 1 FCC).<sup>112</sup> However, this change of tack is the result of a change of conditions and is not understood any differently by the foreign authorities. Of the essence for them is that French law has not ignored their position.<sup>113</sup>

**55.** As the PIL ban on adoption contributes to the sustainability of inter-country kafala, it secures, in behalf of all *potential users* of the institution, the opportunity to rely on it to build a family life in France. Both Muslim minors who will need a family and adults who will be available to offer this family are concerned<sup>114</sup> and, in substance, it is into the interests of each of these indeterminate individuals that the ‘public interest’ or ‘general interest of the community’ invoked in *Harroudj* breaks down.

## B) The Islamic state’s sovereignty

**56.** The PIL ban on adoption makes sense irrespective of any practical effect awaited from its enforcement. This is because it pursues a noble purpose –it is the product of the decision ‘to reject any “imperialistic” and [...] indeed sometimes “colonialist” reading of the French law, that would postulate [its] superiority [...] over the other legal systems, judged to be by nature less favourable to the child’.<sup>115</sup>

<sup>109</sup> See N. MARCHAL ESCALONA, “Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Paix et Sécurité Internationales*, 4, 2016, pp. 197 et seq., especially p. 200 (available at <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5801826> accessed on 24 September 2020).

<sup>110</sup> See article 3.20 of law no 26/2015 of 28th of July ‘on amendment of the protection system for childhood and adolescence’, adding a section 4 to article 19 of law no 54/2007 of 28th December 2007 ‘on International Adoption’. This reads:

‘In the case of children whose national law prohibits or does not provide for adoption, the granting of adoption shall be refused unless the child is in a situation of distress and is a ward of the Public Entity.’

It is worth noting that such rule was incorporated in the first draft of the text, but was later on eliminated, although by then (2007) Morocco had already on several occasions discontinued the inter-country kafala [E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional”, *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 387 et seq., especially p. 407 (available at <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6248746> accessed on 24 September 2020); also, M. DEL PILAR DIAGO DIAGO, “Denegación de constitución de Kafala por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular no 40 S/2 Reino de Marruecos” (available at <http://www.millenniumdipr.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-demarruecos> accessed on 24 September 2020)].

<sup>111</sup> B. BOURDELOIS, “L’adoption internationale”, in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 15e année, 2000-2002, Paris, Éditions Pedone, 2004, pp. 139 et seq., especially p. 152 (available at [https://www.persee.fr/issue/tcfdi\\_1140-5082\\_2004\\_num\\_15\\_2000](https://www.persee.fr/issue/tcfdi_1140-5082_2004_num_15_2000) accessed on 24 September 2020).

<sup>112</sup> See *supra* at II.3.

<sup>113</sup> Thus, they have no reason to ‘suddenly close the valves’ and not let ‘get out a single child’ (see in these terms J. FOYER, in the discussion following the submission of B. BOURDELOIS, *supra* n. 111, p. 173; similarly, H. FULCHIRON, *supra* n. 37, p. 817).

<sup>114</sup> See also H. FULCHIRON, *supra* n. 37, p. 817.

<sup>115</sup> Intervention of N. BORVO during the French Senate’s debates of 10 January 2001 on the bill concerning international adoption (available at <http://www.senat.fr/seances/s200101/s20010110/sc20010110015.html> accessed on 24 September 2020).

In this respect, whether the danger of backlash is allowed for or not, self-restraint is recommended as a matter of principle.<sup>116</sup>

57. The ECtHR touches upon this dimension when it praises France in that, *by not ‘cutting [...] off [children of foreign origin] immediately from the rules of their country of origin, [it] has shown respect for cultural pluralism [...]’*.<sup>117</sup> Some hold this reference as equivalent to respect for ‘the individual’s cultural identity’.<sup>118</sup> However, as already said, the individual’s cultural identity is an amalgam containing a weaker national component (which is contra adoption) plus a stronger French component (which is pro adoption), and article 370-3 (2) FCC does not reflect this make-up when it accommodates the national in place of the French part of the cultural identity.<sup>119</sup> Indeed, if an interest is promoted by article 370-3 (2) FCC, this cannot be the minor’s interest to refer to her law of origin and, through this medium, to her family and social memory (her parents are unknown and also her displacement occurred when she was only three months old), but it is the other way around, namely it is *the interest of the law of origin* to fix the minor’s personal status although no real ties with the birthplace exist –the birth in this place counts instead of anything else.

58. Looked at from this standpoint, article 370-3 (2) FCC –at least on its face– seems to be attracted by a north-American neo-statutist logic advocating the regulation of the conflict of laws on the basis of the ‘compelling governmental interests’ at stake, as H. MUIR WATT observes<sup>120</sup>, stressing, however, that in this framework the ‘compelling governmental interests’ are not merely dictated by the will of the state to bring a case under its law, but also, mainly, depend on an objective assessment of the quality and intensity of the factual connection of this law with this case.<sup>121</sup> Such an assessment is missing from the said norm. This applies uniformly on children non-abandoned or abandoned in the country of origin and on children having spent in the country of origin before their arrival in France a remarkable or a negligible part of their lifetime. Which means that these factors are irrelevant<sup>122</sup> and the prohibition of the country of origin is called upon to govern adoption by virtue of unqualified, self-asserting ‘compelling governmental interests’, approved by the forum for no other reason than *pure international comity: respect to foreign sovereignty*.

## V. Proportionality of the PIL ban on adoption

59. The ECtHR finds no violation of article 8 ECHR by the PIL ban on adoption, holding that the respondent state *‘has struck a fair balance between the public interest and that of the applicant’*.<sup>123</sup>

60. The ECtHR observes that the respondent state ‘has put in place a flexible arrangement’, as it ‘provides the means to alleviate the effects of that prohibition’: first, the ban is immediately ‘set aside’ if the place of birth and habitual residence of the child is France; second, the ban is ‘gradually’ ‘circumvented

<sup>116</sup> In this spirit J. FOYER, *supra* n. 113, p. 173; H. FULCHIRON, *supra* n. 37, p. 817; also, B. BOURDELOIS, *supra* n. 111, p. 150: French law is laid down with ‘clear conscience’.

<sup>117</sup> *Harroudj*, § 51.

<sup>118</sup> H. VAN LOON, “Ensuring continuity of personal status and family relations across borders: the interaction between private international law and human rights”, in H. MUIR WATT, L. BÍZIKOVÁ, A. BRANDÃO DE OLIVEIRA AND D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law: Adjudication Without Frontiers*, Cheltenham, Gloss, UK / Northampton, Massachusetts, USA, Elgar Publishing, 2019, pp. 530 et seq., especially p. 536; P. KINSCH, “*Harroudj v. France*: Indications from the European Court of Human Rights on the Nature of Choice of Law Rules and their Potentially Discriminatory Effect”, *Yearbook of Private International Law*, 15, 2013/2014, pp. 39 et seq., especially p. 43.

<sup>119</sup> See *supra* at IV.1.C).

<sup>120</sup> H. MUIR WATT, *supra* n. 91, pp. 1005, 1008.

<sup>121</sup> *Ibid*, pp. 1008-1009; also, S. SYMEONIDES, “Revolution and Counter-Revolution in American Conflicts Law: Is There a Middle Ground?”, *Ohio State Law Journal*, 46, 1985, pp. 549 et seq., especially p. 556 (available at [https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64275/OSLJ\\_V46N3\\_0549.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64275/OSLJ_V46N3_0549.pdf?sequence=1&isAllowed=y) accessed on 24 September 2020).

<sup>122</sup> H. MUIR WATT, *supra* n. 91, p. 1009.

<sup>123</sup> *Harroudj*, § 51.

by the possibility for the child to get French nationality, within a reduced period of time'.<sup>124</sup> Undoubtedly, the ban admits relaxation. However, the system cannot be assessed as 'overall balanced' because it somehow satisfies the public interest (with the ban) as well as the private interest (with the relaxation). The issue is whether the system is balanced *in the cases falling under the ban*. The affirmative requires sufficient support of the view that the public interest outweighs the private interest, taking into account the margin of appreciation that the respondent state may have in the determination of the 'relation of precedence'.<sup>125</sup>

## 1. Margin of appreciation v 'precedent'

### 61. The ECtHR has normally relied on its past decisions,

except where cogent reasons impelled it to adjust the interpretation of the Convention to changes in societal values or in present-day conditions. [...] It is indeed in the interests of legal certainty, of a coherent development of the Convention case-law, of equality before the law, of the rule of law, and of the separation of powers for the Court to follow in principle a moderated doctrine of precedent.<sup>126</sup>

62. In *Wagner*,<sup>127</sup> the ECtHR had to deal with the refusal of the Luxembourg authorities to grant exequatur of an adoption issued in Peru. Luxembourg was condemned –inter alia– for violation of the right to family life of the two applicants, the adoptive mother and the adopted daughter, who were considered being such only in Peru.<sup>128</sup> Arguably, *Wagner* is not irrelevant to *Harroudj* and *Chbihi* as far as these two concern the refusal of the authorities in France and Belgium, respectively, to pronounce the adoption of makfouls by their kafils. The result is common in all cases: persons cannot connect with parentage based on adoption because the forum does not provide necessary legal means to work this out. Therefore, the question is whether *Wagner* sets a precedent for *Harroudj* and *Chbihi*, so that France and Belgium should not possess the margin of appreciation that the ECtHR eventually accorded them.<sup>129</sup>

63. In the view of the ECtHR, *Harroudj* and *Chbihi* are to be distinguished from *Wagner*.<sup>130</sup> Admittedly, nowhere is adoptive parentage possible. However, the problem for the parties varies: in *Wagner*, they have related with adoption abroad and what they are denied is adoption's recognition in Luxembourg; in *Harroudj* and *Chbihi*, they have not related with adoption abroad, but what they are denied is adoption's constitution in France and Belgium. On the one hand, they cannot enjoy an acquired status. On the other hand, they cannot accede to a new status.<sup>131</sup> This difference is not just about a mere technicality. It directly influences the balancing in the cases under discussion. If the right of article 8 ECHR drives the request both for the exequatur of the decision of adoption (in *Wagner*) and the pronouncement of adoption (in *Harroudj* and *Chbihi*), it does not carry the same weight in both contexts. This is because only in the first does this take the form of a *vested right to the requested status*, a quality that brings greater pressure to bear on the forum for the protection of family life.<sup>132</sup>

<sup>124</sup> *Ibid*, § 51.

<sup>125</sup> On this see R. ALEXY, *supra* n. 31, pp. 50-56 (*Präferenzrelation*).

<sup>126</sup> L. WILDHABER, "The European Court of Human Rights: the Past, the Present, the Future", *American University International Law Review*, 22, 2007, pp. 521 et seq., especially pp. 524-525 (available at <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=auilr> accessed on 24 September 2020).

<sup>127</sup> *Wagner*, *supra* n. 55.

<sup>128</sup> As a matter of fact, the parties stated at the hearing before the ECtHR that, in the meantime, they had had a simple adoption established in Luxembourg, which, however, 'did not take into account of the full adoption' established Peru (*ibid*, § 40).

<sup>129</sup> *Harroudj*, §§ 48, 52; *Chbihi*, §§ 92, 128, 130.

<sup>130</sup> *Harroudj*, § 47; *Chbihi*, § 91.

<sup>131</sup> On this point see also P. HAMMJE, *supra* n. 75, p. 2951, no 17 ('discontinuité'); S. BOLLÉE, *supra* n. 88, p. 721 ('rupture').

<sup>132</sup> Cf. P. HAMMJE, *supra* n. 75, p. 2948, no 6 (adding that there must also be a 'legitimate expectation' of the stability of the vested right [whether or not this extra element is correctly ascertained in *Wagner* (§§ 130, 155) will not be discussed here]). – *Wagner* emphasises that 'the social reality of the situation' had been overlooked (§§ 132, 133). However, one should not 'read more [...] in the expression [...] than it says' by isolating it from the rest of the judgment (as cautioned by H. VAN LOON, *supra* n. 118, p. 534). This happens when it is maintained that de facto family life and its "crystallisation" [...] through the passage

64. That said, the approach of *Wagner* remains pertinent as regards the deployment of *effects proper to kafala*, since *this* is the status validly created abroad that should apply undisturbed in the host country where the kafils with the makfouls have subsequently moved.<sup>133</sup>

## 2. Margin of appreciation – scope

65. Where exactly the margin of appreciation ends and the European supervision begins is a question with no single definitive answer. The ECtHR employs ‘a sliding scale model’, according to which the margin of appreciation may range from very broad to very narrow and the level of scrutiny may range from very light to very strict, respectively, while intermediate states between the two extremes are imaginable.<sup>134</sup> Starting from the assumption that the transformation of the kafala into adoption concerns obligations (and rights) for positive state action and contrasting these to the obligations (and rights) for negative state action, the ECtHR goes on to make two contradictory general statements in *Harroudj* and *Chbihi*. In the first, it holds that ‘the margin of appreciation [...] may be wider than that applied in other areas under the Convention.’<sup>135</sup> In the second, it holds that ‘the applicable principles are comparable’ so that in all areas under the Convention ‘a certain margin of appreciation’ is operative.<sup>136</sup> Both these statements lack precision. Contrary to the second, the boundaries of discretion are not identical in the two sets of obligations, in the sense that a greater discretion exists in obligations for positive action than in obligations for negative action. Contrary to the first, the extra room for manoeuvre is verifiable only in *one* specific field, in connection to ‘*means-selecting discretion*’,<sup>137</sup> as all other kinds of discretion are present in the framework of negative and positive obligations alike.<sup>138</sup> The exception stems from a fundamental difference in the structure of the obligations. Negative obligations have a

---

of time’ is in substance the necessary and sufficient condition of the judgment, which ‘would [...] have probably been similar’ as long as *mere de facto* family life existed [D. SINDRES, “‘Foreign situations’ and conflict of laws: thinking outside-the-box approach to private international law”, in H. MUIR WATT, L. BÍZIKOVÁ, A. BRANDÃO DE OLIVEIRA AND D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law: Adjudication Without Frontiers*, Cheltenham, Gloss, UK / Northampton, Massachusetts, USA, Elgar Publishing, 2019, pp. 538 et seq., especially p. 540]. *Harroudj* and *Chbihi* defeat this contention: here, *mere de facto* family life of the kafils with the makfouls proves impotent to curb the resistance with which adoption is met by the forum.

<sup>133</sup> This issue is not resolved if kafala is compressed to fit into an inadequate institution of the host country. For example, according to the prevailing opinion in France, the responsibility of the kafil to take decisions about the person and the patrimony of the makfoul cannot be subsumed under the ‘*autorité parentale*’, but must be paralleled either to a ‘*délégation parentale*’ (institution designed only for *one* *délégué* and thus not-reflective of a kafala accorded to *couples*; A. GOUTTENOIRE AND M. LAMARCHE, “Recherche d’équivalent : l’*autorité parentale*”, *Droit de la Famille - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2009, pp. 42 et seq., especially p. 46; Y.A. ROBLEH, *supra* n. 35, p. 327) or to a ‘*tutelle*’ (institution burdened with formalities alien to kafala; J.-M. PLAZY, “Une recherche d’équivalent : la *tutelle*”, *Droit de la Famille - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, 2009, pp. 48 et seq., especially pp. 49, 50; Y.A. ROBLEH, *supra* n. 35, p. 332). In this way, kafils and makfouls are deprived, to a greater or lesser extent, of their status validly created abroad, owing to the ‘*partial recognition*’ of the kafala [which is a partial recognition for the reasons exposed, and *not* because the adoption is ruled out (as implied by L.R. KIESTRER, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, The Hague, The Netherlands, Springer, 2014, pp. 231, 233, 244, 299, 303), as if the adoption were part and parcel of the kafala].

<sup>134</sup> J. GERARDS, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, 17, 2011, pp. 80 et seq., especially pp. 105-106; also, B. RAINEY, E. WICKS AND C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, New York, USA, OUP, 7th edn., 2017, p. 360; L. LAVRYSEN, *supra* n. 70, p. 328.

<sup>135</sup> *Harroudj*, § 47.

<sup>136</sup> *Chbihi*, § 92.

<sup>137</sup> On this see R. ALEXY, *supra* n. 31, p. 396.

<sup>138</sup> R. ALEXY, *supra* n. 31 draws an important distinction between *structural* and *epistemic* discretion. In *structural discretion* (pp. 393, 394-414) the legislature is free to choose because the constitution (here, the ECHR) neither commands nor prohibits an action or omission, so that either the action or the omission is legally permitted. This situation may play out on separate levels and give rise to: (i) end-setting discretion; (ii) means-selecting discretion; and (iii) discretion in balancing. In *epistemic discretion* (pp. 393, 414-425) the legislature is free to choose, as it is not known whether the constitution (here, the ECHR) either commands or prohibits or neither commands nor prohibits something because of deficiencies in relevant empirical or normative knowledge. The above forms of discretion – apart from (ii) – are not peculiar to the field of positive obligations, although they are more frequent and even sometimes more complex here than they are in the field of negative obligations, which ‘amounts to a difference of degree’ (pp. 314, 312).

conjunctive structure—for example, the prohibition of killing implies a prohibition of every possible act of killing. But positive obligations have a disjunctive structure—for example, the command to rescue is not a command to carry out every possible act of rescue simultaneously; if the result may be achieved by various means, what is required is the performance of *either*  $M_1$ , *or*  $M_2$  (*or*  $M_3 \dots$  *or*  $M_n$ ), and thus the addressee of the command has means-selecting discretion.<sup>139</sup>

**66.** In any event, means-selecting discretion presupposes a plurality of ‘equally suitable’ means,<sup>140</sup> which is not the case in *Harroudj* and *Chbihi*. Here, although the right to family life is better served with adoption rather than with kafala, kafala is preferred to adoption. This cannot be the outcome of means-selecting discretion availed to the French and Belgian legislature and must be explained otherwise.

### 3. Margin of appreciation – type: empirical and normative

**67.** If the legislature is at liberty to put kafala before adoption, this is not because the public interest can be assessed as more important than the right to family life, nor is it because the public interest and the right to family life can be assessed as equally important, in which cases the legislature would have *structural discretion* to lean towards the public interest.<sup>141</sup> These assessments seem unsafe, as no sound empirical or normative knowledge can be adduced to substantiate them. Under such conditions, the legislature may still take a decision to the detriment of the human right, thanks to knowledge-related or epistemic discretion,<sup>142</sup> despite the risk that the decision ‘may be false’ in the sense that ‘[h]itherto unperformed empirical investigations or hitherto unconsidered normative arguments may make the mistake apparent.’<sup>143</sup> This discretion is further divided into two subcategories, depending on whether we are facing empirical or normative uncertainty: uncertainty about empirical premisses gives rise to *empirical epistemic discretion*; uncertainty about normative premisses gives rise to *normative epistemic discretion*.<sup>144</sup> As it will be shown below, each of these subcategories of discretion undergirds a distinct consideration of the public interest, i.e. empirical discretion couples with the Islamic backlash hypothesis, whereas normative discretion couples with the Islamic sovereignty thesis.<sup>145</sup>

### 4. The backlash hypothesis and the legislature’s leeway for empirical assessment

**68.** The proportionality (*stricto sensu*) of the restriction of adoption set in article 370-3 (2) FCC is not doubtful, *on the assumption* that any other option would provoke the resentment of the Islamic states and, as a corollary, the termination of inter-country kafala. In such a case, a conflict of rights ari-

<sup>139</sup> R. ALEXU, “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence*, 3:1, 2009, pp. 1 et seq., especially pp. 5, 16; also, M. KLATT, “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 71, 2011, pp. 691 et seq., especially pp. 694-695, 715-716 (available at [https://www.zaoerv.de/71\\_2011/71\\_2011\\_4\\_a\\_691\\_718.pdf](https://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_4_a_691_718.pdf) accessed on 24 September 2020).

<sup>140</sup> R. ALEXU, *supra* n. 31, p. 396.

<sup>141</sup> On structural discretion see *supra* n. 138. Why the legislature would have structural discretion also in the *first* case, in which the public interest would *weigh heavier* than the right of article 8 ECHR, needs clarification. The reason is that the public interest is an ‘optimisation permission’ rather than an ‘optimisation requirement’ (J. RIVERS, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, in G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 167 et seq., especially p. 168), so that the legislature may choose whether it wants to promote this interest instead of the human right or whether it wants to promote the human right instead of this interest. We are here in the realm of structural—in particular, of end-setting—discretion (R. ALEXU, *supra* n. 31, p. 395).

<sup>142</sup> On epistemic discretion see *supra* at n. 138.

<sup>143</sup> R. ALEXU, *supra* n. 31, pp. 416, 422.

<sup>144</sup> *Ibid*, pp. 393, 414-415.

<sup>145</sup> On the worry about the Islamic backlash see *supra* at IV.2.A). On the respect of the Islamic sovereignty see *supra* at IV.2.B).

ses. In favour of the restriction are the rights of all those who would suffer harm after the taking of the retaliatory measure (say, group A); this harm is prevented with the restriction. Against the restriction are the rights of all those who would have made it to draw benefit before the taking of the retaliatory measure (say, group B); this benefit is waived with the restriction. Now, the rights of group A are *weightier* than the rights of group B. Why? First, the rights of A outnumber the rights of B, since A and B contain instances occurring within unlimited<sup>146</sup> and limited<sup>147</sup> timeframes, respectively. Second, the harm for each instance in A exceeds the benefit for each instance in B. Surely, there is much harm for an adult and a minor (in A) if these are excluded from inter-country kafala that could have brought them together. The whole prospect of common family life is frustrated and the *status quo* is maintained, which is, for childless adults and parentless minors, particularly unwelcome. On the contrary, there is little or at most a moderate benefit for an adult and a minor (in B) to transition from kafala to adoption. What it is all about here is the mere promotion of the existing family life even sooner than when this becomes possible under the current regime anyway (see article 21-12 no 1 FCC). If we multiply the two figures, the numerical difference of A as compared to B with the difference of the degree of injury sustained in A as compared to B, then, as a result, we have the precise (fairly big) difference of value of the rights of A against the rights of B emerging in balancing. No uncertainty on the normative level remains.

**69.** On the other hand, this balancing is predicated on an assumption that is itself dubious. By claiming that, if it were not for the PIL ban on adoption, a diplomatic red line would be crossed and the termination of inter-country kafala would take place, one ventures a prognosis on the future course of events.<sup>148</sup> Not everyone finds the prognosis likely.<sup>149</sup> However, the prognosis falls within the discretion of the legislature. This is not to say that the legislature has *carte blanche* to go for the PIL ban on adoption irrespective of the extent of the restriction to the rights of group B and the probability of realisation of the rights of group A via the restriction. Rather, the rule holds that *the more extensive* the restriction to the rights of B is, the *more probable* must be the realisation of the rights of A via the restriction.<sup>150</sup> Such rule is not an issue in this case. Since no serious cost is inflicted to B, the standards of review of the expectation of gain for A are debased accordingly, namely no ‘intensive review of content’ (that the expectation is ‘reliable’) is required, but a ‘plausibility review’ (that the expectation is ‘plausible’), if not a mere ‘evidential review’ (that the expectation is not ‘evidently false’), suffices.<sup>151</sup> The PIL ban on adoption passes muster.

**70.** This ‘prognostic discretion’<sup>152</sup> covers both the two first limbs of the proportionality test; it attests that the PIL ban on adoption is not only *suitable* but also *necessary* to avoid the discussed reaction because there are no alternative means with less cost for the rights of group B, capable of reaching an equally positive outcome for the rights of group A.<sup>153</sup> It has been suggested that the problem of fraud to Islamic law –where the root of evil lies– should be subject to examination by the court on a case-by-case basis. Each time adoption would be pursued as soon as the kafil with the makfoul set foot in France, the question should be whether this is a ‘*deliberate displacement*’, in the sense that the kafala was nothing but a pretense to get permission to travel with a view to the adoption in France, *or not*.<sup>154</sup> The negative answer may be appropriate in special cases.<sup>155</sup> However, as it is conceded, intentions are often obscure

<sup>146</sup> The assumption does not insinuate that at some point the retaliation measure would be reversed.

<sup>147</sup> The assumption is that at some point a retaliation measure would be taken.

<sup>148</sup> R. ALEXY, *supra* n. 31, p. 310.

<sup>149</sup> In *Harroudj*, § 34, the applicant questions the prognosis.

<sup>150</sup> R. ALEXY, *supra* n. 31, pp. 313, 418-420 (‘*second Law of Balancing*’).

<sup>151</sup> On this scale of review see *ibid*, pp. 313, 419, 420.

<sup>152</sup> *Ibid*, pp. 313, 314.

<sup>153</sup> On the role of epistemic discretion in examining suitability and necessity see *ibid*, pp. 399, 400, 414.

<sup>154</sup> H. MUIR WATT, “Vers l’inadoptabilité de l’enfant étranger de statut personnel prohibitif? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l’adoption internationale”, *Revue critique de droit international privé*, 88, 1999, pp. 469 et seq., especially pp. 486-490.

<sup>155</sup> *Ibid*, p. 491.

and it may be ‘extremely delicate’ to separate good from bad faith, the wheat from the chaff.<sup>156</sup> As a consequence, the door is left ajar for abuses.<sup>157</sup> Correspondingly, the risk of the reaction can still appear too high (for the interests of A) and not worth taking (for the interests of B) in the eyes of the legislature.

## 5. The sovereignty thesis and the legislature’s leeway for normative assessment

71. Our ignorance on whether the restriction of the right to family life by the PIL ban on adoption is justified or not does not disappear when we change perspective and try to associate it with the requirement of respect towards the Islamic prohibition of *tabanni*, as a form of ‘respect for cultural pluralism’ that boils down to ‘respect to foreign sovereignty’. However, a difference exists with the previous situation, in which the factual background of the suitability and the necessity was blurry, whereas the best weighting of the competing interests was plain. Here, it is the exact opposite. What is sure is that the restriction of the human right yields optimal respect for the Islamic law. This judgment is not dependent on the anticipation of any sequence of events and the relevant calculation of probabilities. It is valid on logical grounds. But the problem is elsewhere. What is not sure is whereon the restriction of the human right for purposes of respect of the Islamic law stands. This judgment implies a scale of classification of the degree of non-satisfaction of the human right (let’s symbolise this with  $R-$ , where the *minus* denotes the value of non-satisfaction of the right ( $R$ )) and the degree of importance of the respect to cultural pluralism and foreign sovereignty (let’s symbolise this with  $PS+$ , where the *plus* denotes the value of importance of pluralism and sovereignty ( $PS$ )), upon which rests the ranking of the objects of evaluation.

If we use a three-point scale of light ( $l$ ), moderate ( $m$ ) and serious ( $s$ ) for the theoretically possible non-satisfaction ( $-$ ) of  $R$  and importance ( $+$ ) of  $PS$ ,<sup>158</sup> the following observations apply:

The PIL restriction will be considered proportionate if  $PS+$  ranks higher than  $R-$  [the circumstances for this are: (1)  $PS+ : s / R- : l$ ; or (2)  $PS+ : s / R- : m$ ; or (3)  $PS+ : m / R- : l$ ], or if  $PS+$  ranks on a par with  $R-$  [the circumstances for this are: (4)  $PS+ : l / R- : l$ ; or (5)  $PS+ : m / R- : m$ ; or (6)  $PS+ : s / R- : s$ ]. Under such circumstances,  $PS$  may take precedence over  $R$ .<sup>159</sup>

The PIL restriction will be considered disproportionate if  $R-$  ranks higher than  $PS+$  [the circumstances for this are: (7)  $R- : s / PS+ : l$ ; or (8)  $R- : s / PS+ : m$ ; or (9)  $R- : m / PS+ : l$ ]. Under such circumstances,  $R$  must take precedence over  $PS$ .

Admittedly, not everything in this table is realistic, as some circumstances are excluded from the outset. This is true for (6), (7) and (8), since adoption with a ‘slight delay’<sup>160</sup> is not a ‘serious’ offence to  $R$ . For sure,  $R- : s$  is a non-starter. This practically leaves us, on the one hand, with each possibility from (1) to (5) and, on the other hand, with the possibility under (9). How can we tell the truth of the matter? Obviously, we cannot, and this brings to the fore the normative discretion of the legislature to resolve the conflict either way. The choice the legislature has come up with is to assign values that lead to one of the combinations from (1) to (5) to accommodate Islamic law.<sup>161</sup>

<sup>156</sup> *Ibid*, p. 491.

<sup>157</sup> P. LAGARDE, “La loi du 6 février 2001 relative à l’adoption internationale : une opportune clarification”, *Revue critique de droit international privé*, 90, 2001, pp. 275 et seq., especially p. 287.

<sup>158</sup> On this triadic model see R. ALEXU, *supra* n. 31, pp. 402-412. The scale could, of course, be more refined (p. 412: nine-point scale), but no such need appears for us here [after all, there are limits in the quest for precision: as the divisions of the system increase, this quickly loses its heuristic value, becoming unworkable and incomprehensible (pp. 412-413)].

<sup>159</sup> Thanks to structural discretion: see *supra* n. 138 and n. 141.

<sup>160</sup> P. LAGARDE, *supra* n. 157, p. 288 (‘léger retard’).

<sup>161</sup> This normative discretion may be termed ‘*cultural discretion*’ (J. RIVERS, *supra* n. 141, pp. 178-180; Id., Proportionality and Discretion in International and European law, in N. TSAGOURIAS (ed.), *Transnational Constitutionalism. International and European Models*, New York, USA, CUP, 2007, pp. 107 et seq., especially 118-119) or, perhaps more accurately, ‘*multicultural discretion*’, a sub-type denoting freedom of the legislature to raise against the human right cultural (moral, religious) objections that do not come from affected standards and conceptions of good prevalent in the domestic cultural system, but pertain directly to *another* cultural system, which is recognised on account of ‘cultural openness’.

72. However, this analysis is still incomplete and does not necessarily establish a margin of appreciation to neglect the ECHR right. Normally, the margin depends on the absence of a sufficient consensus suggesting that the ECHR right deserves protection, to the effect that the margin shrinks as consensus grows and some ‘tipping point’ in this equation exists at which the margin may be upset by consensus.<sup>162</sup> Therefore, the next thing to look into is whether this condition is satisfied. The question is as follows: *is the PIL ban on adoption open to challenge on grounds of adoption-friendly consensus, connoted in materials of comparative law or international law?*<sup>163</sup> *Is there such a margin-breaking consensus?*

## 6. Margin-breaking consensus in comparative law?

73. To reach its judgment, the ECtHR has recourse to a comparative study conducted in twenty-two member states where a significant if not the greater part of the population is Muslim.<sup>164</sup> From the information gathered, it turns out that in none of these is kafala considered as adoption<sup>165</sup> and, further, that their ‘choice-of-law rules in matters of adoption tend to vary’.<sup>166</sup> Based on the last point, the ECtHR notes that:

There is no clear measure of common ground between the member States [...]. Consequently, the margin of appreciation afforded to the French authorities should be regarded as broad.<sup>167</sup>

74. This finding is subject to criticism. Unfortunately, its focus is not where it should be, namely on the ensemble of states that allow the Islamic law to put an obstacle to adoption, but do not enshrine a PIL restriction of the same intensity as article 370-3 (2) FCC does. Two approaches can be discerned within this ensemble. On the one hand, we have states that give preference to the adoptee’s or the adopter’s national law, or to the national law of the adoptee and of the adopter cumulatively,<sup>168</sup> which means that they may be called to implement the Islamic law as *lex causae*. This will happen provided that the Islamic law keeps with the international public order of the forum.<sup>169</sup> On the other hand, we have

<sup>162</sup> On this correlation of margin and consensus see early on *The Sunday Times v The United Kingdom*, no 6538/74, 26 April 1979, § 59; also, with references to subsequent ECtHR case law, e.g. J. GERARDS, *supra* n. 134, pp. 107, 108-110; K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, UK, CUP, 2015, pp. 132-142; F. DE LONDRA AND K. DZEHTSIAROU, *Great Debates on the European Convention on Human Rights*, London, UK, Palgrave, 2018, pp. 111-112; Y. ARAI-TAKAHASHI, “The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry”, in A. FØLLESDAL, B. PETERS AND G. ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, New York, USA, CUP, 2013, pp. 62 et seq., especially pp. 87-89.

<sup>163</sup> On these two sources of consensus see J. GERARDS, *supra* n. 134, p. 109 and, extensively, K. DZEHTSIAROU, *supra* n. 162, pp. 39-49; F. DE LONDRA AND K. DZEHTSIAROU, *supra* n. 162, pp. 79-85.

<sup>164</sup> *Harroudj*, § 21.

<sup>165</sup> *Ibid*, § 21.

<sup>166</sup> *Ibid*, § 22.

<sup>167</sup> *Ibid*, § 48.

<sup>168</sup> *Ibid*, § 22.

<sup>169</sup> See, characteristically, OLG Karlsruhe, 25.11.1996, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1, 1999, pp. 49 et seq. (with comment by E. JAYME), upholding an appeal against the decisions of lower courts (AG and LG Heidelberg) that had rejected a request for adoption of a Moroccan child by a German-Moroccan couple merely because, according to article 22 EBGB, the issue was governed by Moroccan law. This is insufficient to support the application of the Islamic prohibition. What is further required is to make sure that the application of the Islamic prohibition does not come into ‘unbearable contradiction with fundamental principles of German law’, in which case it falls on the ‘fire-wall’ of the German international public order (article 6 EBGB). The problem occurs if the situation at hand presents an appropriate measure of *Inhandsbezug* (because, for example, the family has its permanent residence in Germany and there is no intention of return to Morocco), while the best interest of the child is also well-served through the adoption. As far as the last point is concerned, even though the counteracting imperative for ‘continuity of the cultural identity’ of the child should not be understated, there may be other dominant considerations in favour of the adoption [even the *full* adoption, enshrined in §§ 1741 et seq. BGB: see comment by E. JAYME, p. 50; A. COLOMBI CIACCHI, *Internationales Privatrecht, ordre public européen und Europäische Grundrechte* (Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP)-Diskussionspapier 1/2008, 2009), pp. 26-30 (available at <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/62589> accessed on 24 September 2020); contra: K. KLINGENSTEIN, *Kulturelle Identität und Kindeswohl im deutschen internationalen Adoptionsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, pp. 112, 113, maintaining that §§ 1741 et seq. BGB are not part of the German international public order].

states that ‘show a certain reticence towards the adoption’ if the adoption is prohibited in the country of origin of the child, ‘for example, by imposing additional conditions in such cases’<sup>170</sup> and, above all, a strict procedure of cooperation with the competent authorities of the country of origin of the child.<sup>171</sup> Therefore, in both groups, adoption is possible even during the waiting period that the French law observes categorically (see article 21-12 no 1 FCC). In this respect, the French law is lagging behind the majority of the restrictive states. Moreover, this discrepancy is presumably expanded once *all* the restrictive states of the Council of Europe are factored in, not only the selected twenty-two members, but also the rest of the twenty-five members that were left out from the outset, just because of the smaller percentage of Muslim element in their population composition, without explanation on how this renders their views on the issue indifferent and unworthy of being recorded. In sum, there is consensus for more freedom in adoption, it is robust and it flies in the face of the position of the ECtHR.<sup>172</sup>

75. However, it could be argued that, given the close relationship and the strong historical and political bonds entertained with the Maghreb countries, France is in a sensitive position, *urging, perhaps, for a more generous negotiation with the Islamic law, despite European consensus.*<sup>173</sup>

## 7. Margin-breaking consensus in international law?

### 76. The ECtHR holds that:

The Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, and in particular the rules concerning the international protection of human rights.<sup>174</sup>

77. Such an approach –i.e. to rely on external sources and refuse to consider ‘the provisions of the Convention as the sole framework of reference for the interpretation of the rights and freedoms enshrined therein’<sup>175</sup>– is sensible, since the ECHR forms part of the whole system of international law and therefore must be developed in a manner consistent with it.<sup>176</sup> The international instruments explored in *Harroudj* are the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (hereinafter CRC), the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (hereinafter HC 1993) and the Hague Convention of 19 October 1996

<sup>170</sup> *Harroudj*, § 22.

<sup>171</sup> *Ibid*, § 22, referring to article 365-1 of the Belgian Civil Code.

<sup>172</sup> Some scholars even argue that the consensus is unanimous, i.e. that France occupies a unique place in the European legal map, since no other state endorses an absolute prohibition of adoption [P. HAMMJE, *supra* n. 75, p. 2949, no 11; N. HERVIEU, *supra* n. 99; I. GALLALA-ARNDT, “Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der *Kafala* in Europa. Besprechung der Entscheidung des EGMR Nr. 43631/09 vom 4.10.2012, *Harroudj* ./ *Frankreich*”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 79, 2015, pp. 405 et seq., especially 421, 426 (available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2622998](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622998) accessed on 24 September 2020)]. This contention might have been accurate at the material time when *Harroudj* was adjudicated. However, since 2015, Spain has introduced similar legislation (on the Spanish PIL ban see *supra* n. 110). There is a difference with the French PIL ban, though: both are lifted with the acquisition by the foreign minor of the nationality of the state, after he remains for some time under the care of the foster parent-citizen of the state, yet this time is *two* years in Spain (see E. RODRÍGUEZ PIN-EAU, *supra* n. 110, p. 408) and *three* years in France. The PIL restriction is more tempered in Spain as compared with France.

<sup>173</sup> On the nature of European consensus as ‘rebuttable presumption’ see K. DZEHTSIAROU, *supra* n. 162, pp. 3, 9, 27, 29, 30, 32-34; F. DE LONDRAS AND K. DZEHTSIAROU, *supra* n. 162, pp. 82-83.

<sup>174</sup> *Harroudj*, § 42. See already the same statement in *Neulinger and Shuruk v Switzerland*, no 41615/07, 6 July 2010, § 131, with further references to similar previous case law going back to *Golder v The United Kingdom*, no 4451/70, 21 February 1975, § 29.

<sup>175</sup> *Demir and Baykara v Turkey*, no 34503/97, 12 November 2008, § 67.

<sup>176</sup> F. DE LONDRAS AND K. DZEHTSIAROU, *supra* n. 162, p. 85.

on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.<sup>177</sup> Remarkably, this overview does not point to an agreement *pro libertate* or even to a disagreement within the international community, but encounters a *reverse consensus in favour of the French PIL ban on adoption, which is now justified 'largely on account of a concern to abide by the spirit and purpose of [the above] international conventions.'*<sup>178</sup>

**78.** The observations of the ECtHR will not be taken up in detail. By and large, they are not well-aimed and they rather distract attention from the crucial point of international consensus, which is no other than that *contracting states to the CRC and the HC 1993 – the two conventions where the issue of adoption is raised – are not obliged to import adoption, be it domestic or international, into their legal orders.*<sup>179</sup>

**79.** Provisions that highlight the non-prescriptive nature of *adoption in general* are articles 20 and 21 CRC. Under article 20, '[a] child temporarily or permanently deprived of his or her family environment or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance' (20 (1)) and 'States Parties shall [...] ensure alternative care [...]' (20 (2)). This 'alternative care' is to be decided 'in accordance with their national laws' (20 (2)) and 'could include [...] adoption [...]' (20 (3)).<sup>180</sup> In the same vein, when article 21 lays down specific instructions concerning the aims and design of the 'system of adoption', it addresses these only to 'States Parties that recognize and/or permit the system of adoption'. The above formulations leave no doubt that we are here in the sphere of 'what is possible [...] rather than [of] what is required'.<sup>181</sup>

**80.** Provisions that highlight the non-prescriptive nature of *international adoption in particular* are found in article 21(b) CRC and in the preamble to the HC 1993. Within this framework, international adoption 'may be considered as an alternative means of child's care' (article 21(b)) or 'may offer the advantage of a permanent family to a child' (preamble), which means, again, that it constitutes 'a potential response' to children without care and permanent family.<sup>182</sup> Therefore, 'compliance with these treaties does not depend on carrying out such adoptions, either as a receiving country or as a country of origin'.<sup>183</sup>

**81.** All in all, both the CRC and the HC 1993 delegate to the individual states the choice on how to proceed with adoption. The matter is in their hands. They may endorse adoption, domestic and international, in which case they are committed to implement article 21 CRC and the HC 1993,<sup>184</sup> and they may move in the opposite direction to endorse the one and withhold the other form of adoption or even to withhold domestic and international adoption altogether. In this respect, it is notable that the international law leaves it open also for non-Islamic states to arrive at a position similar to the one that Islamic states are keen to take on religious grounds.

<sup>177</sup> Harroudj, §§ 18-20, 49.

<sup>178</sup> *Ibid*, § 50. – Another rare example of 'restrictive interpretation' of the ECHR (article 5) based on international consensus (the Third and Fourth Geneva Conventions relating to detention) is *Hassan v the United Kingdom*, no 29750/09, 16 September 2014; see G. ULFSTEIN, "Evolutive Interpretation in the Light of Other International Instruments. Law and Legitimacy", in A. VAN AAKEN AND I. MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, UK, OUP, 2018, pp. 83 et seq., especially pp. 89-90, 91.

<sup>179</sup> See e.g. E. BARTHOLET, "International Adoption: Thoughts on the Human Rights Issues", *Buffalo Human Rights Law Review*, 13, 2007, pp. 151 et seq., especially (on CRC) p. 171 and (on HC 1993) pp. 170, 173 (available at <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/bhrlr/vol13/iss1/8/> accessed on 24 September 2020); N. CANTWELL, *The Best Interests of the Child in Inter-country Adoption*, Innocenti Insight, Florence: UNICEF Office of Research, 2014, pp. 31, 35 (available at [https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/unicef%20best%20interest%20document\\_web\\_re-supply.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/unicef%20best%20interest%20document_web_re-supply.pdf) accessed on 24 September 2020).

<sup>180</sup> Or, inter alia, kafala!

<sup>181</sup> N. CANTWELL, *supra* n. 179, p. 31.

<sup>182</sup> *Ibid*, p. 31.

<sup>183</sup> *Ibid*, p. 31 and further p. 35.

<sup>184</sup> *Ibid*, p. 35.

**82.** If this stance can be validly construed as *deference of the CRC and the HC 1993 to national sovereignty*,<sup>185</sup> then it is not possible to censure the French PIL ban on adoption for subscribing to the same principle fostered within the conventions!

## VI. Concluding remarks

**83.** The ECtHR is not very warm when considering claims regarding ‘recognition’ or ‘facilitat[ion] of observance’ of religious law.<sup>186</sup> For example, the ECtHR absolves the impugned states of complaints lodged against them because they renounced to validate institutions such as religious marriage,<sup>187</sup> or because they restricted freedom to manifestation of religious belief through the wearing of religious symbols and items of clothing –a restriction that may apply not only ‘occasionally’ during the taking of ID photos for use on official documents, or during security checks, but also invariably at school, at the university, at work, and in the public space.<sup>188</sup> However, the kafala cases are nowhere in this list.<sup>189</sup> Here, on the contrary, the impugned states align with religious law (the Islamic prohibition of adoption), whereas the individuals concerned oppose it and resort for relief to article 8 ECHR. In vain: the ECtHR does not find in their favour, judging that they may not escape the compulsory frame of religious law.<sup>190</sup>

**84.** As the analysis of *Harroudj* elucidated, the subordination to the Islamic prohibition of adoption rests on two pillars, one utilitarian (French law does not discard the prohibition out of worry about the prohibitive state’s backlash)<sup>191</sup> and another deontological (French law does not discard the prohibition out of respect of the prohibitive state’s sovereignty).<sup>192</sup> In this line of reasoning, it could be said that the ‘receptiveness’ of French law to Islamic law ranges from ‘tolerance’ to ‘hospitality’.<sup>193</sup> Tolerance is conditional acceptance of the foreign that ‘also suggests disapproval’ and ‘sufferance [...] of otherness’.<sup>194</sup> Hospitality is unconditional acceptance of the foreign, motivated by ‘dialogic attitude towards difference’.<sup>195</sup> Both these, the negative-more reserved and the positive-more willing mode of acceptance,<sup>196</sup> inform the PIL ban on adoption and project as ingredients of its ambivalent ethical

<sup>185</sup> E. BARTHOLET, “The Debate (with D. Smolin)”, in J. GIBBONS AND K. SMITH ROTABI (eds.), *Intercountry Adoption. Policies, Practices, and Outcomes*, London / New York, Routledge, 2016, pp. 233, 234. However, on another view, state power to bypass adoption is not absolute; it is allowed only for the protection of the child’s best interests (N. CANTWELL, *supra* n. 179, p. 31) in cases where necessary conditions –initially missing– must be put in place so that adoption is in line with the child’s best interests [for example, such should be the policy underlying a moratorium on international adoption; *ibid*, pp. 37-38; PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *The Implementation and Operation of the 1993 Intercountry Adoption Convention: Guide to Good Practice*, UK, Family Law – Jordan Publishing, 2008, nos 457-461 (available at <https://assets.hchc.net/docs/bb168262-1696-4e7f-acf3-fb8d85504af6.pdf> accessed on 24 September 2020); S.V. BRAKMAN, “The Principle of Subsidiarity in the Hague Convention on Intercountry Adoption: A Philosophical Analysis”, *Ethics & International Affairs*, 33 (2), 2019, pp. 207 et seq., especially p. 224].

<sup>186</sup> I. LEIGH, “Religious Adjudication and the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 8, 2019, pp. 1 et seq., especially p. 9.

<sup>187</sup> *Şerife Yiğit v Turkey*, no 3976/05, 2 November 2010.

<sup>188</sup> For a very quick overview of the ECtHR case law on the issue see ECtHR, *Factsheet – Religious symbols and clothing*, December 2018 (available at [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Religious\\_Symbols\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_ENG.pdf) accessed on 24 September 2020).

<sup>189</sup> Contra: I. LEIGH, *supra* n. 186, p. 9 main text (on *Chbihi*) and at n. 47 (on *Harroudj*).

<sup>190</sup> Cf., on the other hand, *Molla Sali v Greece*, no 20452/14, 19 December 2018, in which non-consensual application of the Islamic law on the members of the minority of Western Thrace is frowned upon (§§ 156, 157, 160).

<sup>191</sup> See *supra* at IV.2.A).

<sup>192</sup> See *supra* at IV.2.B).

<sup>193</sup> On the ‘three possible degrees of receptiveness to the foreign’, intolerance, tolerance and hospitality, see H. MUIR WATT, “Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference”, *Current Legal Problems*, 70 (1), 2017, pp. 111 et seq., especially pp. 115, 116-125.

<sup>194</sup> *Ibid*, pp. 118-119.

<sup>195</sup> *Ibid*, p. 121. Hospitality ‘allows the foreign on her own terms’ (*ibid*, pp. 126, 135, 137, 138, 140). See further on this ‘unconditionality’ the developments *ibid*, pp. 122-125, discussing the text of J. DERRIDA on Plato’s *Socrate’s Apology* (appeared in J. DERRIDA AND A. DUFOURMANTELLE, *Of Hospitality*, Stanford, California, Stanford University Press, 2000).

<sup>196</sup> *Ibid*, p. 120.

foundation. Of course, there must also be a ‘threshold of acceptance’ to signal the limits of tolerance or hospitality.<sup>197</sup> Such limits are traced by French international public order<sup>198</sup> and take the form of pre-determined exceptions to the PIL ban on adoption.<sup>199</sup> What is important is that, within these limits, the legislature has discretion in dealing with the foreign<sup>200</sup> and in limiting the right to adopt.

---

<sup>197</sup> *Ibid*, p. 114.

<sup>198</sup> *Ibid*, pp. 114 at n. 13, 117, 119, 133, 138, 144-145.

<sup>199</sup> See *supra* at II.3. On the exception of article 370-3 (2) FCC (that the PIL ban on adoption does not apply if ‘the minor was born and resides habitually in France’) as ‘*clause d’ordre public*’ see P. HAMMJE, *supra* n. 74, p. 377 at n. 59; *Id.*, *supra* n. 75, p. 2950, no 14.

<sup>200</sup> See *supra* at V.4 and V.5 on empirical and normative discretion, respectively.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ESPECIAL  
ATENCIÓN A LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA  
HAYA 25 OCTUBRE 1980 Y EXCEPCIÓN AL NO RETORNO  
INMEDIATO DE LA MENOR

LEGAL KIDNAPPING. SPECIAL ATTENTION TO THE  
IMPLEMENTATION OF CONVENTION 25 OCTOBER 1980  
AND THE EXCEPTION FOR THE IMMEDIATE RETURN  
OF THE CHILD

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Profesora asociada de Derecho internacional privado*

*Universidad de Murcia*

*Universidad Miguel Hernández*

*Abogada ejerciente*

*Miembro de la Red España-Europa De Derecho Internacional Privado*

Recibido: 22.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6005>

**Resumen:** Los casos de sustracción internacional de menores traen consigo grandes retos para los operadores jurídicos que les deben dar respuesta. La reciente sentencia de la AP de León 12 mayo de 2020 ofrece respuestas en el sentido de qué debe considerarse un traslado ilícito del menor, cuál es el verdadero objeto del Convenio de La Haya 25 octubre de 1980, las cuestiones de la carga de la prueba en estos procedimientos, y las circunstancias vividas por la madre y las consecuencias en el traslado de la menor desde la Columbia Británica (Canadá) a España. Todas ellas objeto de análisis en este trabajo.

**Palabras clave:** sustracción, internacional, menor, excepciones, aspectos civiles.

**Abstract:** Cases of international child abduction imply great challenges for the legal operators who must respond to them. The recent judgment of the Provincial High Court of León 12 May 2020 provides answers as to what should be considered a wrongful transfer retention of a child, what is the real object of The Hague Convention 25 October 1980, the questions of the burden of proof in these proceedings, and the circumstances experienced by the mother and the consequences for the retention of a child from British Columbia (Canada) to Spain. All of them are the subject to analysis in this paper.

**Keywords:** legal kidnapping, international, child, exception, civil aspects.

**Sumario:** I. Introducción. II. Datos de hecho. III. Traslado ilícito del menor: cuestión necesaria para la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980. IV. Nombramiento de un tutor para la menor y fallecimiento del progenitor. V. Valoración por parte del tribunal del impacto sobre la menor de la situación de la madre en Canadá y de su traslado a España. V. Reflexiones finales.

## I. Introducción<sup>1</sup>

1. El fenómeno de la sustracción internacional de menores es imparable, el aumento de casos en los últimos tiempos lo demuestra, la vida de los particulares se encuentra internacionalizada, la facilidad del traspaso de fronteras, los matrimonios y parejas cuyos miembros son de diversa nacionalidad son elementos a tener muy en consideración para demostrar el aumento de este fenómeno, pero no por ello el menor queda desprotegido en determinados supuestos. Afortunadamente en estos casos se encuentra un marco legal internacional que ofrece respuestas adecuadas a los supuestos variados que surgen en la realidad. Por esta razón, resulta muy pertinente realizar un especial análisis de la sentencia de la AP de León, de fecha 12 mayo 2020<sup>2</sup>.

2. La AP de León debe pronunciarse sobre una resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Familia) de León, en fecha 27 febrero 2020, con Auto de aclaración de 2 de marzo, en un procedimiento de sustracción internacional de menores, que fueron elevados a esta AP el 20 de abril y que desestima la demanda formulada por la tía paterna de la menor contra la madre de la misma, que tenía por objeto que se declarara ilícito el traslado de ésta a España desde la Columbia Británica (Canadá) y se acordara la inmediata restitución de la menor a su país de origen, mediante su entrega a la tía paterna en el plazo máximo de siete días desde la notificación de la sentencia. La razón de dicha desestimación vino dada porque, siendo así que no existía decisión judicial o administrativa ni acuerdo vigente según el Derecho del Estado en el que la menor nació y tenía su residencia, a la juzgadora le surgen serias dudas sobre la validez de la designación que, antes de fallecer, hizo el padre de la menor de su hermana (la demandante) como tutora. Y junto a esa primera duda que le surge a la magistrada, se une que comprueba que quizá el ejercicio de la custodia por parte de la tía sobre la menor no era efectivo, y podría encuadrarse en una de las causas legales tasadas por el Convenio de la Haya 25 octubre de 1980 para desestimar el retorno inmediato de la menor al país de su residencia habitual.

3. Se debe subrayar que al recurso de apelación que realiza la tía paterna, se opusieron tanto la representación de la demandada, es decir, de la madre de la menor, como el Ministerio Fiscal, que considera que las razones por las que se deniega el retorno de la menor se basan en una errónea valoración de la prueba practicada en el procedimiento, puesto que: a) según el Derecho de la Columbia Británica acreditado en la demanda, la ahora recurrente tiene derecho de custodia a los efectos del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, ya que existe una atribución de tutela a favor de aquélla realizada conforme a dicho Derecho que le atribuye el cuidado de la menor; por lo tanto, primera cuestión que se debe dilucidar en relación a la aplicación de esta norma es si existe una sustracción internacional del menor con arreglo a las normas del precitado Convenio. b) Pese a lo que se sostiene en la resolución recurrida, la tía paterna no solo tenía un derecho de custodia sobre la menor, sino que además lo ejercía efectivamente cuando la madre la trasladó unilateralmente a España, si se considera que se ha confundido la guarda y custodia de un menor con el derecho de custodia a los efectos del CH 1980, en cuyo marco el concepto de derecho de custodia es un concepto autónomo que comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; y esta cuestión está íntimamente vinculada a la anterior. Ya que, asimismo, el artículo 5 del convenio establece el concepto de custodia como “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”. c) No concurre en el caso ninguna de las excepciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980 para denegar la restitución.

## II. Datos de hecho

4. Los datos de hecho que se deben considerar para la resolución del caso por parte del tribunal son los que se resumen a continuación. Los padres de la menor se encontraban en una unión de hecho

<sup>1</sup> Este trabajo se realiza en el marco del proyecto concedido por la Fundación BBVA: “Los principios del Derecho romano en el Derecho Europeo del S. XXI” (IP del proyecto Prof. Dr. D. Javier Carrascosa González).

<sup>2</sup> SAP León 12 mayo 2020, menor trasladado desde Canadá a España, ECLI:ES:APLE:2020:544.

desde julio del año 2012 aproximadamente, residían en la Columbia Británica, en Canadá, y de esa unión nació la niña de la que se pretende su retorno al precitado lugar. En abril del año 2017 los progenitores se separan, aunque eso no impidió que siguiesen compartiendo residencia familiar, que era propiedad del padre de la menor. Hasta que la madre y la hija en septiembre de 2017 se mudan a una vivienda de alquiler en la Columbia Británica, Canadá.

5. Los progenitores de la menor no suscribieron documento alguno en que se regulara el régimen de custodia sobre la menor ni el derecho de visitas del padre, se considera acreditado por el tribunal que la menor pasaba parte de la semana con él (en la contestación a la demanda se reconoce que “las tardes de miércoles y jueves con pernocta y mitad de cada fin de semana”). Este es un dato importante a tener en cuenta, ya que la voluntad de ambos progenitores en relación con las cuestiones de la menor es fundamental.

6. Una triste noticia recibe el padre, cuando en abril de 2018, fue diagnosticado de una enfermedad terminal. En ese momento, otorga testamento, ante dos testigos, el día 7 de dicho mes en el que solo se contienen disposiciones sobre sus bienes y ninguna otra disposición. En mayo de 2018, ambos progenitores suscribieron un “acuerdo de bienes”, a modo de liquidación de su “sociedad conyugal”, con el fin de establecer la división de bienes y deudas privativas o comunes. Y a finales de mayo, el padre de la menor otorgó un documento por medio del cual designaba a su hermana con residencia habitual también en la Columbia Británica, para que se desempeñara como tutora de su hija a partir de su fallecimiento o de que, como consecuencia de la enfermedad terminal o incapacidad, fuera incapaz de cuidar a la menor. En dicho documento se hizo constar que, cuando se hiciera efectiva la designación, la tutora contaría con las mismas responsabilidades parentales que él. Finalmente, el padre de la menor fallece, y tras el deceso, la tía se puso en contacto con la madre de la menor informándole sobre su papel de tutora y de lo importante que era para su ex pareja que su hija conservara la relación con la familia paterna, razón de ser de su designación como tutora.

7. Los abogados que representaban a la tía paterna y a los abuelos paternos de la menor contactan con la madre y le proponen un cronograma de contacto paulatino con la menor. Y sin esperar respuesta, por parte de la madre, en ese mismo mes de julio del año 2018, también presentan en el Juzgado Provincial de la Columbia Británica solicitud para la obtención de una orden para poder mantener contactos (visitas de 4 horas y 2 pernoctas por semana, que pudieran tener lugar durante las horas de trabajo de la madre para que “no pierda tiempo con la menor y no tenga que pagar por el cuidado de la menor”), tal y como se expone en la sentencia. El 1 de octubre de 2018, la madre se traslada con la menor a España. Y en diciembre de 2018 la tía paterna dirigió a la Autoridad Central de la Columbia Británica solicitud de restitución de la menor, bajo el Convenio de la Haya 25 octubre de 1980. Remitida la misma a la Autoridad Central Española (Subdelegación General de Cooperación Jurídica Internacional, del Ministerio de Justicia), por ésta, en fecha 12 julio 2019, se contestó, a través de correo electrónico, se señala que el Abogado en Canadá de la madre de la menor consideraba nulo y sin validez el nombramiento de la tutora, lo que desataba serias dudas sobre que el nombramiento fuera una fuente válida de derechos de custodia del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980. El 18 de julio del año 2019 los representantes legales de la tía paterna formulan demanda de restitución de la menor contra la madre, que inició el procedimiento del recurso que se analiza en este trabajo. La menor ya llevaba en España un tiempo, pero cuando se inicia todo el proceso aún no más de un año, y la cuestión del transcurso del tiempo en estos casos es fundamental. En los supuestos de este tipo, cuando afecta a menores la cuestión litigiosa parece que el tiempo siempre parece que transcurre más deprisa<sup>3</sup>. Y donde se puede observar esa premura y la observancia escrupulosa del tiempo transcurrido en estos casos, pues principalmente en el establecimiento de procedimientos expeditivos, aunque no siempre se cumplan en la práctica y

<sup>3</sup> Observación que comparto con M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2020, Vol. 12, Nº 2, p. 798.

provoquen pésimas consecuencias fundamentalmente para los menores. La urgencia impuesta por el sistema persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el niño (en definitiva, todas las decisiones deben basarse en el principio del interés superior del menor, como se ha destacado) y evitar su integración en un nuevo medio, su nueva residencia habitual, pero también impedir que el sustractor obtenga ventaja del paso del tiempo desde un punto de vista jurídico como consecuencia de lo anterior<sup>4</sup>.

### III. Traslado ilícito del menor: cuestión necesaria para la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre de 1980

8. El marco jurídico del caso está constituido por el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En el caso la menor no llega a cinco años de edad cuando el traslado de la misma se produce (el convenio se aplica a menores de 16 años). Además, es un convenio inter partes, esto quiere decir que se aplica entre Estados que han firmado el mismo<sup>5</sup>. En la actualidad son Estados partes más de cincuenta. Para que el convenio sea aplicable en relación con España, España debe aceptar expresamente la adhesión de Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se hayan adherido al convenio artículo 38 de la norma precitada. Por tanto, el menor debe tener su residencia habitual en un Estado parte y ser trasladado a otro Estado parte para que se aplique esta norma. En este caso, Canadá y España son Estados parte y se aplica a este supuesto el convenio. Se trata más bien de un convenio de carácter fáctico, su objetivo es adoptar medidas urgentes para que el niño retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y prevenirlo<sup>6</sup>.

9. Este convenio establece una estructura de cooperación internacional de autoridades. La norma fundamental del convenio es el establecimiento de una “acción directa” para el retorno inmediato del menor al país de su residencia. El Convenio contiene normas “*self-executing*”, esto es, normas jurídicas aplicables por sí mismas sin necesidad de que los Estados partes elaboren normas de desarrollo del mismo<sup>7</sup>. El objetivo que persigue la precitada norma es, fundamentalmente, el establecimiento de un sistema de cooperación Internacional de Autoridades Judiciales y Administrativas para la consecución de la inmediata restitución del menor de 16 años que hubiera sido ilícitamente trasladado o retenido en cualquier Estado contratante. Y también, asegurar el derecho de visita, aunque este objetivo lo cumple de forma limitada. Para que el convenio resulte aplicable es preciso que el traslado o, en su caso, la retención sea “ilícito”. Y aquí está la primera cuestión a la que da respuesta el tribunal de León.

10. El artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980 expone dos requisitos para que ese traslado sea considerado ilícito: el primero, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; y el segundo, el ejercicio efectivo de dicho derecho en el momento previo al traslado o retención del menor. En este caso que se analiza, parece que el segundo requisito no se constata. La tía paterna no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia sobre la menor. Es cierto, que el Convenio de La Haya de 1980 solo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor, y en este caso se producía, la hermana paterna, tía paterna de la menor durante la enfermedad del hermano y posterior fallecimiento había tenido más presencia en la vida de la menor, pero no había sido así anteriormente a esas circunstancias.

<sup>4</sup> C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, Nº 1, p. 676.

<sup>5</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2128-2129.

<sup>6</sup> I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*. Ed. Dykinson, Madrid, 2019, p. 64. Y especial atención al auto que se analiza en ese punto del trabajo citado: AAP Almería 6 de febrero de 2004. [Solicitud de restitución de Juzgado de Bélgica. Causas de oposición. No acceso a la restitución]. ECLI:ES:APAL:2004:48A.

<sup>7</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2129.

11. Se deben observar varios artículos del convenio en su conjunto, el artículo 3, 8 (que indica que “toda persona o persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor” y las excepciones o motivos que de ser probados llevarían a la autoridad judicial a denegar el retorno de la menor, siempre interpretados con carácter restrictivo a la regla general de retorno inmediato del menor, que se contienen en los artículos 12, 13 y 20 del convenio<sup>8</sup>. De la lectura de todos ellos, se observa que la presunción de la norma se basa en que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia, recayendo sobre el “potencial secuestrador” la carga de probar que no es así<sup>9</sup>.

12. La cuestión es particularmente difícil, ya que en la letra del convenio no se observa una definición sobre lo que se debe considerar por “ejercicio efectivo de la custodia”, pero la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor, lo que es posible aún en supuestos de no convivencia, tal como indica el propio tribunal (FJ tercero). En este caso, como se apuntaba la tía no convivía con la menor, pero tampoco tuvo un papel definitivo en el cuidado de la persona de la menor, porque al poco tiempo del fallecimiento del hermano y padre de la menor la madre se trasladó con la misma a España. Esto evidentemente, impidió que se produjese ese cuidado sobre la menor por parte de la tía paterna. Pero también queda probado que es tras detectarle la enfermedad al hermano y tras su fallecimiento cuando la hermana del padre, la tía paterna de la menor inicia un acercamiento a ella, y el período en el que transcurre todo lo expuesto fue de abril del año 2018 a julio de ese mismo año, es decir, cuatro meses. El tribunal señala que los domicilios de tía, abuelos y niña se encontraban a varias horas de distancia en un trayecto en coche, y aunque es legítimo la petición de la familia paterna de tener contacto con la menor, este no es el cauce procedimental adecuado. Por lo tanto, con todos estos datos apuntados, el cuidado de la persona de la menor claramente no recaía en su tía paterna. Lo que se ha de valorar en estos casos son las circunstancias actuales del menor a los efectos de poder determinar si, en interés del mismo, cabe ordenar la restitución del menor a su país de residencia habitual anterior al traslado (principio general del Convenio de La Haya de 1980) o bien procede denegar su retorno (con carácter excepcional, tal como se ha explicado anteriormente).

#### IV. Nombramiento de un tutor para la menor y fallecimiento del progenitor

13. Una cuestión muy poco pacífica en este procedimiento y que su observancia fue la que hizo al tribunal preguntarse acerca de si estaban ante un secuestro internacional de menores fue el nombramiento como tutora que hizo el progenitor de la menor sobre su hermana y tía de la pequeña. Durante el juicio sobre el retorno o no de esta menor, quedó patente que el Derecho canadiense no contempla una atribución de la custodia a los hermanos del progenitor fallecido de un menor, no existe una resolución judicial o administrativa sobre la custodia de la pequeña que sea ejecutable en Canadá y la madre y el padre de la menor nada convinieron al respecto. Ahora bien, es cierto que existe una designación de tutora en reserva o testamentaria otorgada por el progenitor que, en principio, pudiera ser acorde a la Ley de Derecho Familiar

---

<sup>8</sup> Vid. el trabajo de J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 1, marzo 2018, pp. 561-567. El art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 establece que, si el procedimiento de restitución ha comenzado cuando ha transcurrido un período de tiempo superior a un año y el menor se encuentra integrado en su nuevo medio, la autoridad competente no está obligada a ordenar el retorno del menor. Si no se cumplen las condiciones del art. 12, la integración del menor en el nuevo medio debería ser tomada en consideración por la autoridad que ostente la competencia para decidir sobre el derecho de custodia. Al respecto, vid. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en su nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2016, Vol. 8, N.º 2, pp. 77-91.

<sup>9</sup> Así se observa en la circular número 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de la fiscalía general del Estado español. Esta circular se crea con el objetivo de adoptar un criterio uniforme en los procedimientos de sustracción internacional de menores.

de la Columbia Británica, esto es un dato, que como expone el tribunal de forma impecable, no duda sobre el mismo y sobre la declaración jurada que realiza durante el procedimiento la abogada canadiense de la parte que representaba los intereses de la familia paterna. Y en este punto de la prueba del Derecho extranjero, el Convenio de La Haya de 1980 flexibiliza enormemente esa prueba. El artículo 14 del precitado convenio faculta a las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido para tener en cuenta directamente la legislación del Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación. Esta flexibilización de la prueba del Derecho extranjero es consecuencia de la necesidad de celeridad en estos procedimientos para decidir sobre el retorno de la menor. De este modo, el Tribunal no duda de esa declaración jurada de la letrada canadiense.

**14.** Al tribunal sin embargo sí que le surgen dudas en relación a la capacidad que tenía el progenitor para adoptar decisiones tan relevantes en relación con su hija, como fue el nombramiento de su hermana como tutora de la menor, en un momento en el que la enfermedad estaba en estado muy avanzado, ya que fue poco antes de su fallecimiento cuando nombró a la tía de la menor como tutora, por insistencia de su familia sobre este extremo. El tribunal de León señala que la capacidad de las personas se presume y no es éste el procedimiento adecuado ni éste el tribunal competente para dilucidar tal cuestión. No puede ser, pues, como señala el tribunal que por ninguna de estas cuestiones apuntadas que se puede negar el retorno demandado.

## **V. Valoración por parte del tribunal del impacto sobre la menor de la situación de la madre en Canadá y de su traslado a España**

**15.** El tribunal estima para tomar su decisión que, si la menor debiese retornar en Canadá con la madre, no junto a la tía paterna, ese retorno no resultaría perjudicial para la menor, igual que establece que tampoco fue perjudicial para la menor trasladarse con su madre a España, en el momento del proceso, ya desde hacía un año y siete meses. El tribunal se detiene a observar las causas por las que la madre de la menor tomó esa decisión en su momento. El tribunal admite que la madre se sentía en exceso presionada por la familia paterna de la niña, soportaba altos niveles de ansiedad, insostenibles y nada saludables tanto para ella como para la pequeña, lo que llevó a su Médico de Salud Mental a aconsejarle que buscara el apoyo de su propia familia y su traslado a España, así queda demostrado documentalmente en el juicio. Y también se presentó un documento en el que se recogía la opinión de los amigos de la pareja, en el que también consta que “*en los 6 meses anteriores a su fallecimiento le era casi imposible pensar y no podía trabajar*”, siendo testigos de cómo “*su relación con todo el mundo se deterioró drásticamente durante este tiempo*”. De todas estas pruebas documentales aportadas se justifica que la decisión de la madre fue inducida por un profesional de la salud y que, si la madre seguía en esas condiciones, las circunstancias podrían afectar también a la menor.

**16.** Tras el análisis de todas estas causas el tribunal decide no proceder al retorno de la menor a Canadá. Toma en consideración que no existía un ejercicio efectivo de la custodia por parte de la tía paterna que, aunque las acciones por parte de la tía se emprenden cuando todavía no había pasado un año desde que la menor llegó a España con la madre, se dan las circunstancias excepcionales para determinar que la menor permanezca en España con la madre. La menor no se encuentra en una situación intolerable, ni se encuentra expuesta a un grave peligro físico o psíquico, por lo tanto, la excepción de no retorno contemplada en el art. 13 b) del Convenio de La Haya no se observa en este caso. Y se observa determinada jurisprudencia que sigue esta senda de la valoración de los documentos aportados para valorar el estado de la madre y su posibilidad de hacerse cargo de los menores en cuestión.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> En el Auto de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección IV, de 14 de junio de 2018, donde se ordena el retorno de los menores de España a Reino Unido y comentado en el trabajo de M. GONZÁLEZ MARIMÓN “Sustracción internacional de menores y enfermedad psiquiátrica del progenitor no sustractor. Comentario del Auto de la Audiencia Provincial de les Illes Balears (sección iv), núm. 37/2018, de 14 de junio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, Nº 1, p. 770.

## VI. Reflexiones finales

17. El análisis de esta sentencia de la AP de León, de fecha 12 mayo 2020 pone en valor el auténtico y principal objetivo que persigue el Convenio de La Haya 25 octubre del año 1980, su funcionalidad y su gran impacto en la vida de los particulares, hoy profundamente internacionalizada, y por supuesto, su operatividad para salvaguardar el interés superior del menor. A continuación, se exponen unas reflexiones finales derivadas de lo analizado en este trabajo.

18. Primera reflexión: el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 es un convenio fáctico. El objetivo que persigue es lograr que el niño retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y prevenirlo. El marco jurídico del convenio solo cubre esa cuestión, la del retorno o no del menor al lugar de su residencia habitual. Para determinar las posibles medidas de protección del menor, esto es, para determinar por ejemplo, la custodia, el derecho de visita del otro progenitor o de otros familiares, como en parte se pretendía en este caso, tía y abuelos pretendían tener contacto con la menor, se deberá acudir a otros procedimientos y se aplicará la normativa pertinente para aportar una solución a esos supuestos. Si la menor tiene ya su residencia habitual en España, la competencia de los tribunales españoles se determinará por el Reglamento Bruselas II bis. De este modo, el convenio persigue proteger el interés superior del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Para conseguirlo sus normas persiguen: 1) restablecer la situación a su estado anterior al de la sustracción, es decir, una vuelta al *status quo*; 2) luchar contra la fuerza *bruta* del sustractor, que por la vía de hecho pretende legalizar esa sustracción. De este modo, el convenio realiza una profesión de fe en el Derecho, en la razón y contra los hechos consumados.

19. Segunda reflexión: el Convenio de La Haya 25 octubre 1980 consigue este objetivo con la justa combinación de una regla general y excepciones tasadas a la misma. El convenio consigue el objetivo de cumplir con la protección del interés superior del menor mediante la norma general que contiene y que consiste en lograr el retorno inmediato del menor al Estado de la residencia habitual anterior al traslado ilícito. Y solo en los casos en los que se pruebe debidamente alguna de las excepciones que ofrece el convenio, no autorizar ese retorno del menor. Las causas son tasadas, numeradas en el propio convenio, en los artículos 12, 13 y 20, fuera de esas causas no se podrán aducir otras. Y como son excepciones a la regla general siempre se deberá atender a las circunstancias concretas del caso sobre el que se conozca y su interpretación deberá ser siempre restrictiva. Esas causas siempre se deben demostrar y probar con el objetivo puesto en el menor que se ve envuelto en esa situación y no se presumen nunca.

20. Tercera reflexión: el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 recoge un sistema que presume que la custodia la ostenta la persona que cuida del menor. En esta sentencia queda patente que la presunción de la norma se basa en que la persona que está al cuidado del menor ejerce efectivamente su custodia, recae sobre el “potencial sustractor” la carga de probar que no es así. Y se observa que el tribunal es en este punto donde le surge la duda de que se pudiese considerar que se estaba infringiendo un derecho de custodia o visita establecido por un tribunal canadiense. Y es definitiva la posición del tribunal que no discute acerca de si el nombramiento de la tía paterna de la menor se realiza con arreglo a Derecho, porque de las circunstancias de este caso concreto, no es determinante resolver esta cuestión, y este no es el procedimiento para ello. En el procedimiento del que conoce en esta instancia de apelación el tribunal de León es para pronunciarse sobre si debe retornar o no la menor a Canadá, con la madre y no con la tía paterna.

21. Cuarta reflexión: El tribunal realiza una óptima apreciación de las causas tasadas que son aplicables para no determinar el retorno de la menor a su residencia habitual. El tribunal también atiende a las circunstancias particulares de la madre a la hora de tomar la decisión de trasladarse con la menor de Canadá a España. Razones que se exponen documentalmente ante el tribunal. El traslado de la residencia habitual de la menor se produce porque la madre es la única persona que ostenta la custodia de la menor y, por lo tanto, puede establecer la residencia habitual de la menor, con arreglo a lo que expone el

artículo 5 del Convenio de La Haya. Con independencia, de que en el lugar donde ahora se encuentre la residencia habitual de la menor se pueda litigar por obtener un derecho de visita por parte de la familia paterna de la menor. Sin duda alguna, la óptima utilización de las normas expuestas en el Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 por parte de los tribunales que deben ofrecer una respuesta ágil y precisa en estos casos de sustracción internacional de menores potencian la protección del interés superior del menor y en estos casos velan por que ese interés prevalezca sobre cualquier otro.

**22. Quinta reflexión.** La tendencia positiva de la jurisprudencia española en la aplicación del Convenio de La Haya 25 de octubre de 1980. La jurisprudencia española a la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1980 ha ido modificando su criterio. Al principio de su aplicación, las decisiones de los tribunales españoles ostentaban una tendencia más nacionalista, el niño se quedaba con su progenitor español, el niño se quedaba en España, y la valoración y criterios relativos al caso concreto no se consideraban con la relevancia con la que se consideran en la actualidad. Esa jurisprudencia tendente a soluciones nacionalistas perjudica a los menores, como muestra de ese perjuicio se puede exponer el caso de María José Carrascosa, que legalizó el secuestro de su hija en España, y las consecuencias del mismo fueron infaustas, ya que la niña terminó criándose con sus abuelos en Valencia, alejada de sus progenitores y en un Estado que no era el de su residencia habitual. Pero esa tendencia ha ido cambiando, ya no es así, los tribunales cada vez son menos nacionalistas y velan por la correcta aplicación del Convenio y de sus excepciones. Y la aplicación siempre va en busca del interés del menor, que como ha quedado patente en este trabajo es siempre, y salvo prueba en contrario, su restitución al Estado de su residencia habitual.

**23. Sexta reflexión.** La gran casuística que proporcionan las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya y la conveniencia de su unificación. La relevancia pluridimensional de la jurisprudencia en la aplicación de la normativa sobre sustracción internacional de menores es patente. Existen tres grupos de sentencias sobre el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, divididas entre, primero: casos en los que no existe motivo para rechazar el retorno directo del menor al país de su residencia habitual, en el que encajaría el supuesto analizado en este trabajo. Segundo: casos que establecen que sí existe motivo para no proceder al retorno del menor. Y un tercer grupo de casos, que son una zona gris, en la que se unen elementos de una y de otra posibilidad en la interpretación de los criterios de ese artículo 13. La Ley así lo permite y la jurisprudencia toma el poder, los jueces van marcando el camino por el que se deben desenvolver estos casos. No existe un Tribunal de Justicia que armonice la aplicación de esas normas, también sería conveniente su creación para la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre de 1980 a nivel internacional. Al igual que sería conveniente, que al menos, España tuviese criterios unificados para la aplicación de las normas que contiene dicho convenio, que servirían de enorme ayuda a los operadores jurídicos que velan y luchan por la protección y defensa del interés superior del menor.

EL CENTRO DE INTERESES DEL DEUDOR PERSONA FISICA  
EN EL REGLAMENTO EUROPEO 848/2015  
SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

CENTRE OF A DEBTOR INDIVIDUAL PERSON'S MAIN  
INTERESTS ON REGULATION (EU) 2015/848  
ON INSOLVENCY PROCEEDINGS

NEREA MAGALLON ELÓSEGUI

*Profesora Investigadora Ramón y Cajal  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

ORCID ID: 0000-0003-3994-049X

Recibido: 02.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6006>

**Resumen:** El Reglamento (UE)848/2015 ha integrado nuevas pautas para delimitar el centro de intereses principales del deudor que determinaran la competencia internacional a efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia internacional. En este trabajo se examinará si las novedades introducidas ayudan a resolver los obstáculos existentes a la hora de precisar dónde se encuentra dicho centro de intereses principales en los supuestos con un deudor particular. Al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 16 de julio de 2020, en el asunto C-253/19, Novo Banco, nos damos cuenta que la presunción que establece el Reglamento en aras a determinar el centro de intereses principales a favor del centro principal de actividad o de la residencia habitual del deudor, para ser realmente operativa, debería ir acompañada de una delimitación más concreta del concepto de deudor y de residencia habitual.

**Palabras clave:** Reglamento (UE) 848/2015, competencia internacional, centro de intereses principales del deudor, particular que no ejerce actividad comercial o profesional, residencia habitual, destrucción de la presunción.

**Abstract:** Regulation (EU)848/2015 has integrated new guidelines to delimit the centre of a debtor's main interests which will determine the international jurisdiction for the purpose of opening international insolvency proceedings. This paper will examine whether the developments introduced help to reduce the presents obstacles to identifying the centre of main interests in cases involving a private debtor. Concerning Judgment of the European Court of Justice of 16 July 2020, case C-253/19, Novo Banco, we realise that the presumption established by the Regulation to determine the centre of main interests in favour of the main centre of activity or habitual residence is not operational if it is not accompanied by a concrete delimitation of the concept of debtor and habitual residence.

**Keywords:** Regulation (EU) 2015/848, International jurisdiction, centre of a debtor's main interests, individual not exercising an independent business or profesional activity, habitual residence, rebuttal of the presumption.

---

\*El presente trabajo se adscribe al Proyecto "Mecanismos de Reclamación de DDHH a nivel operativo"; DER 2017-87712-R, MINECO y FEDER.

**Sumario:** I. Introducción: el Reglamento (UE) 848/2015 sobre procedimientos de insolvencia y el centro de intereses principales del deudor. II. La definición de centro de intereses del deudor persona física: ¿profesional o consumidor? 1. Pautas para determinar el centro de intereses principales de los particulares. 2. Problemas de calificación del deudor particular. III. Elementos para destruir la presunción *iuris tantum* en el caso de los particulares. 1. El concepto de residencia habitual. 2. El centro principal de actividad. IV. Conclusiones.

## **I. Introducción: el Reglamento (UE) 848/2015 sobre procedimientos de insolvencia y el centro de intereses principales del deudor**

1. El Reglamento 848/2015, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 (Reglamento 848/2015), sobre procedimientos de insolvencia modificó el Reglamento 1346/2000<sup>1</sup> con el objetivo de hacer frente a los problemas que planteaba su aplicación. Las normas que determinan la competencia judicial internacional para abrir un procedimiento de insolvencia en Europa no se alteran, pero se mejoran con la introducción de algunas aclaraciones dirigidas a concretar, entre otras cosas, el concepto de centro de intereses principales que señala la competencia de los tribunales para llevar a cabo el procedimiento de insolvencia principal<sup>2</sup>.

2. El nuevo texto incorpora novedades que nos van a ayudar a delimitar el centro de intereses principales del deudor cuando desarrolla su actividad económica y/o posee bienes activos en varios Estados. Con ellas procura reducir los obstáculos existentes a la hora de precisar dónde se encuentra realmente el centro de intereses en los supuestos en los que las decisiones estratégicas se toman en un Estado miembro distinto al del lugar donde se localizan los bienes o factores de producción. La delimitación del lugar donde se ubica el centro de intereses se complica cuando no concuerda con el domicilio social de la sociedad concursada, centro de actividad o residencia habitual del particular sujeto a un procedimiento de insolvencia. El Reglamento articula las pautas que deben ser observadas no sólo de cara a establecer el centro de intereses efectivo cuando no coincidan dichos lugares, sino también a evitar traslados fraudulentos dirigidos a sortear la ley aplicable al concurso.

3. En primer lugar, el Reglamento 848/2015 integra en el artículo 3.1. el contenido del Considerando 13 del Reglamento 1346/2000<sup>3</sup> completando la definición de centro de intereses principales del deudor en función de la organización o “esfera externa” del deudor<sup>4</sup>. Con ello, en cierto modo, establece las prioridades a tener en cuenta a la hora de identificar el centro de intereses principales efectivo del deudor poniendo el acento en cómo se manifiesta su presencia de cara al mercado y a sus acreedores.

4. En segundo lugar, incorpora presunciones *iuris tantum* que incrementan la seguridad jurídica de la norma y que, salvo prueba en contrario, señalan como centro de intereses principales al domicilio social en el caso de las sociedades y personas jurídicas, al centro principal de actividad de las personas físicas que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente y a la residencia habitual respecto a los demás particulares (consumidores). Recordamos que el Reglamento 1346/2000 únicamente aludía a la presunción a favor del domicilio social referida a las sociedades y personas jurídicas, creando un desequilibrio funcional respecto al deudor persona física superado por el nuevo texto.

<sup>1</sup> Reglamento (UE) 848/2015, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, DOUE 5 de junio de 2015, nº L 141. Reglamento 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, DOUE 30 de junio 2000, nº L60.

<sup>2</sup> F. GARCIMARTIN ALFEREZ, “El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (III): competencia judicial internacional, en <https://almacendederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-iii-competencia-judicial-internacional>

<sup>3</sup> La ubicación de la definición de centro de intereses en el Preámbulo del Reglamento 1346/2000 se debe al objetivo de respetar la redacción del texto del Convenio comunitario de Insolvencia de 1995 que no llegó a entrar en vigor, pero incorporando aquellos aspectos del Informe Explicativo sobre el mismo realizado por Virgós/Schmit entre los que destaca la definición de centro de intereses. *Vid.*, nº marg. 75, del Informe Virgós/Schmit sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia anexo a M. VIRGOS/F. GARCIMARTIN, *Comentarios al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

<sup>4</sup> M. VIRGOS/F. GARCIMARTIN, *Comentario...loc. cit.*, p. 49.

5. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (STJUE) de 16 de julio de 2020, as. C-253/19, *Novo Banco*, que ha motivado este trabajo, nos ofrece la posibilidad de examinar si las novedades sobre el centro de intereses principales aportadas por el Reglamento 848/2015 cumplen sus expectativas y nos dotan de herramientas válidas para delimitarlo cuando el deudor se trate de una persona física. El TJUE ha tenido la oportunidad de analizar en varias ocasiones la definición de centro de intereses del deudor persona jurídica<sup>5</sup>, sin embargo, es la primera vez desde la promulgación del nuevo Reglamento que se le requiere para acotar la definición de centro de intereses principales cuando el deudor es un particular. Así, con el objetivo de estudiar las nuevas pautas otorgadas en la determinación del criterio competencial, al hilo de la Sentencia europea, abordaremos la noción de centro de intereses principales del deudor persona física o particular en el Reglamento 848/2015 (II) y, a continuación, estudiaremos las presunciones añadidas a este respecto y las posibles circunstancias a utilizar para su prueba en contrario (III).

## II. La definición de centro de intereses principales del deudor persona física: ¿profesional o consumidor?

### 1. Pautas para determinar el centro de intereses principales de los particulares

6. La presencia de diversas soluciones para establecer el criterio o foro de competencia judicial internacional en materia de insolvencia transfronteriza<sup>6</sup> viene indisolublemente unida a la existencia de dos grandes modelos de ordenación concursal marcados por sendos principios de “unidad y universalidad” y “pluralidad y territorialidad”<sup>7</sup>. De hecho, la elección del centro de intereses como criterio o foro de competencia judicial internacional en materia de concurso del Reglamento 848/2015 (así como de su predecesor el R1346/2000), al igual que su definición, se debe a la opción adoptada por el legislador europeo y las cuestiones en torno a su determinación se ven afectadas, en gran medida, por la solución híbrida recogida en el Reglamento 848/2015.

7. El legislador europeo durante la elaboración del Reglamento 1346/2000, se inclinó por una solución basada en los principios de “universalidad y pluralidad”, denominada “universalismo mitigado”<sup>8</sup>, que apostaba por un modelo de insolvencia transfronteriza cimentado en el concurso universal o principal, pero que no prescinde de la posibilidad de abrir procedimientos territoriales o secundarios. Con ello se busca alcanzar el equilibrio entre la realización de los fines esenciales del concurso acorde a una adecuada cooperación internacional y la protección de los intereses locales afectados.

8. Conforme a esta primera pauta, las normas de competencia judicial del Reglamento 848/2015 se apoyan en un foro flexible de carácter material para señalar la competencia de los tribunales respecto al concurso principal: el centro de intereses principales del deudor; y lo combinan con otro más rígido que le sirve de correctivo para los supuestos de concursos territoriales: el establecimiento del deudor. En este trabajo nos vamos a centrar en cómo acotar el lugar donde se encuentra el centro de intereses principales del deudor.

9. El criterio “centro de intereses principales” escogido por el Reglamento 848/2015 sigue al Reglamento 1346/2000 que a su vez lo tomó del Convenio europeo de Estambul de 5 de junio 1990 sobre ciertos aspectos de la quiebra<sup>9</sup>. Con esta opción el Reglamento 1346/2000 se alejaba levemente

<sup>5</sup> Sentencia de 2 de mayo de 2006, as. C- 341/04, *Eurofood*; Sentencia de 20 de octubre de 2011, as. C-396/09, *Interdil*.

<sup>6</sup> *Vid.*, C. ESPLUGES MOTA, *La quiebra internacional*, Bosch, Barcelona, 1993.

<sup>7</sup> Tal y como ponía de manifiesto, J. GONZÁLEZ CAMPOS, “Aspectos internacionales de la situación concursal” en *La reforma del Derecho de quiebra*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 329-402, p. 337.

<sup>8</sup> *Ciffr.* M. VIRGOS/F. GARCIMARTIN, *Comentario...loc. cit.*, p. 25; L. CARBALLO PIÑEIRO, “El Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, Instrumentos europeos de Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2011, (obra cedida por la autora).

<sup>9</sup> No alcanzo las ratificaciones necesarias para entrar en vigor.

del Proyecto de Convenio entre los Estados miembros de la CE sobre quiebra, concordatos y procedimientos análogos de 1980 que utilizaba un criterio de competencia con el mismo objetivo, pero excesivamente vinculado a las personas jurídicas o sociedades: “el centro de administración social”<sup>10</sup>. El criterio designado por ambos Reglamentos es un poco más amplio y alude igualmente a la administración central de los intereses del deudor, pero con un carácter neutro y abierto, de modo que puede ser aplicado a cualquier deudor sin distinguir su naturaleza de persona física o jurídica<sup>11</sup>. A pesar de ello, se le debe dotar de un contenido preciso. La expresión “intereses” comprende las actividades económicas de los particulares así que no son solo actividades comerciales, industriales y profesionales, sino todo tipo de actividades económicas incluyendo las de los consumidores. Recordamos que este concepto también fue adoptado por la Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza de 1997<sup>12</sup>.

**10.** El carácter integrador, pero excesivamente flexible de centro de intereses principales del deudor ha sido considerado también como su mayor debilidad<sup>13</sup>. Y es que comporta una serie de desventajas inherentes a la necesidad de concretarlo caso por caso, en función de las circunstancias del deudor, que vamos a tener la ocasión de comprobar a través de la presente Sentencia del TJUE, en la que surgen discrepancias vinculadas, esencialmente, a la ausencia de una definición más precisa.

**11.** Con el objetivo de mitigar los problemas procedentes de mencionada flexibilidad (dilatación del proceso y dificultad de la prueba) y de dotar de cierta uniformidad al concepto, el Reglamento 848/2015 en primer lugar, asienta las bases para su delimitación y, en segundo lugar, establece una serie de presunciones que señalarán el lugar de centro de intereses principales *iuris tantum* en caso de duda.

**12.** A tenor del artículo 3.1 R848/2015, el centro de intereses principales del deudor será “el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses” en calidad de “conexión real” con un determinado Estado. Con ello, el Reglamento 848/2015 dota de prevalencia al lugar desde donde se dirige y se gestiona el negocio, profesión, empresa o patrimonio del deudor, frente al lugar de producción o lugar de operaciones y frente a la conexión patrimonial o lugar donde se encuentran los activos. Además, la certeza en torno a ese lugar se mide en función del grado de previsibilidad que concede a los potenciales acreedores, así que dependerá de la forma de manifestarse del deudor hacia el exterior y en sus relaciones con terceros. El “elemento externo” permite a los acreedores identificar *ex ante* la jurisdicción competente (y la ley aplicable) en caso de concurso del deudor y valorar el riesgo concursal que está asumiendo<sup>14</sup>. En definitiva, el término habitual denota idea de normalidad y continuidad; y del principio de apariencia se extrae la seguridad suficiente para prever los riesgos que asumen los futuros acreedores<sup>15</sup>.

**13.** Por otra parte, con la finalidad de facilitar la localización del lugar al que corresponde el “centro de intereses” principales y de reducir las dificultades probatorias en caso de duda, el Reglamento establece una serie de presunciones *iuris tantum* que admiten prueba en contra. La presunción de centro de intereses establecida para los particulares se añade como novedad en el Reglamento 848/2015, ya que no aparecía en el texto del Reglamento anterior, aunque sí se tuvo en cuenta en el Informe Virgós/Schmit

<sup>10</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Aspectos internacionales...”, *op.cit.*, p. 340.

<sup>11</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé*, RCADI, 2000, pp. 9-426, p. 245; A.L. CALVO CARAVACA - J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1347/2000: ¿Cuál es el “centro de intereses principales del deudor?””, en *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional*, A. L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña (dres.), Colex, Madrid, 2005, pp. 217-240, p. 224.

<sup>12</sup> *Vid.*, artículo 2.b Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza, de 1997, y punto 72 de la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley modelo.

<sup>13</sup> M. VIRGOS/F. GARCIMARTIN, *Comentario...loc. cit.*, p. 46.

<sup>14</sup> *Vid.*, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification...loc. cit.*, p. 245; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Procedimientos...”, *op.cit.*, p. 227; F. GARCIMARTIN ALFEREZ, “El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (III): competencia judicial internacional”, en <https://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-iii-competencia-judicial-internacional>

<sup>15</sup> M. VIRGOS/F. GARCIMARTIN, *Comentario...loc. cit.*, p. 49-50.

sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995 que le sirve de precedente y en Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza de 1997<sup>16</sup>.

En el caso de los particulares, la norma diferencia entre aquellos que realizan una actividad mercantil o profesional independiente cuyo centro de intereses principales se presumirá que es su centro principal de actividad, de “otros particulares” para los que señala a su residencia habitual.

**14.** Como vemos, la distinción entre ambos tipos de presunciones parte de la diferente naturaleza del deudor particular que, a su vez, está basada en el tipo de actividad que desarrolla y depende de si ejerce o no una actividad profesional. A pesar de ello, el Reglamento 848/2015 no define ni la noción de actividad profesional independiente, ni los conceptos de centro principal de actividad y residencia habitual.

La Sentencia del TJUE en el as. *Novo Banco* en cierto modo refleja las posibles dudas que pueden surgir en la aplicación práctica de ambos conceptos y la presencia de estas dudas, nos van a servir de baremo para evaluar la eficacia de las nuevas presunciones establecidas en el texto<sup>17</sup>. No podemos olvidar que los conceptos integrados en el Reglamento europeo precisan de una definición autónoma que garantice su aplicación uniforme y que, al mismo tiempo, deberá ser lo suficientemente específica para responder a las particularidades del Reglamento 848/2015<sup>18</sup>.

## 2. Problemas de calificación del deudor particular

**15.** En la Sentencia del TJUE en el as. *Novo Banco* se entrevé que las dificultades derivadas de la interpretación del criterio “centro de intereses principales del deudor” cuando se trata de particulares pueden venir ligadas, en parte, a la falta de definición de las nociones de deudor y de residencia habitual del Reglamento 848/2015. De hecho, lo primero que se debe plantear en relación a la decisión del TJUE que traemos a colación es el tipo de deudor ante el que nos encontramos puesto que en su calificación como particular que no realiza una actividad mercantil o profesional independiente parecen encontrarse la mayor parte de los problemas que se vislumbran bajo las aparentes incoherencias de esta decisión.

**16.** Los antecedentes de hecho de la decisión europea señalan como protagonistas a un matrimonio residente en Reino Unido que presenta solicitud de apertura de concurso ante los tribunales portugueses. El tribunal portugués de primera instancia declaró que carecía de competencia internacional para resolver su solicitud porque consideraba que el centro de intereses principales de los deudores conforme al artículo 3.1. R848/2015 correspondía a su lugar de residencia. Basó su decisión en que los demandantes eran particulares que trabajaban por cuenta ajena y, por tanto, utilizó la presunción de la residencia habitual como centro de intereses principales del deudor particular que no ejerce actividad profesional para declinar su competencia.

**17.** El matrimonio, no conforme con esa decisión, interpuso recurso contra la Sentencia de Instancia ante la Audiencia de Guimarães en Portugal (el órgano jurisdiccional que remite la cuestión prejudicial al TJUE) alegando que, aunque tuvieran su residencia habitual en el Reino Unido donde trabajan por cuenta ajena, todos los contratos y negocios que originaron su insolvencia se resolvieron en Portugal y allí se halla el único bien inmueble que conforma su patrimonio; de modo que no hay

---

<sup>16</sup> Vid., nº marg. 75, del Informe Virgós/Schmit sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia anexo a M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentarios al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza de 30 de mayo 1997, y Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley modelo: <https://uncitral.un.org>.

<sup>17</sup> “La determinación de la residencia habitual de una persona física plantea los mismos problemas probatorios que la determinación de su centro de intereses principales. Por ello, para cualquier parte interesada viene a ser lo mismo probar dónde se encuentra el centro de los intereses principales, tal y como se define en el Reglamento que probar dónde se encuentra su residencia habitual”, como dice F. GARCIMARTÍN ALFEREZ, “El nuevo Reglamento...”, *op.cit.*, p. 2.

<sup>18</sup> Sentencia de 2 de mayo de 2006, as. C-341/04, *Eurofood*, apartado 31 y Sentencia de 20 de octubre de 2011, C-369/09, as. *Interdil*, apartado 43; *vid.*, L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Procedimientos...”, *op.cit.*, p. 227.

conexión alguna entre su actual residencia y los hechos que generaron la insolvencia que se produjeron íntegramente en ese Estado. En virtud de tales circunstancias, los recurrentes solicitaban se tuviera en cuenta el Considerando 30 del R848/2015 que establece que tratándose de personas que no ejercen una actividad mercantil profesional o independiente se podrá destruir la presunción a favor de la residencia, por ejemplo, en el supuesto, en que la mayor parte de los bienes del deudor esté situada fuera del Estado miembro en el que reside habitualmente. Ante las diferencias planteadas, la Audiencia portuguesa interpone una cuestión prejudicial al TJUE dirigida a especificar si la existencia de un bien inmueble en un Estado distinto al del lugar de residencia del deudor es suficiente para abrir el procedimiento de insolvencia de un nacional que tiene su residencia habitual en otro Estado miembro.

**18.** El problema que debemos resolver antes de verificar si hay razones para desvirtuar la presunción del Reglamento 848/2015 a favor de la residencia habitual en el caso de particulares que trabajan por cuenta ajena es si, realmente, nos encontramos ante este tipo de deudores. Se trata de una duda que, como hemos visto, no fue tenida en cuenta ni por el Tribunal de Instancia portugués, ni por los propios recurrentes, pero en la que, sin embargo, se encuentra la clave para realizar una fundamentación sólida y acorde con el espíritu del Reglamento 848/2015 sobre la competencia de los tribunales portugueses.

**19.** El TJUE tampoco repara en tal necesidad; y el Abogado General en sus Conclusiones la descarta excesivamente rápido a través de dos puntos de sus apreciaciones iniciales que acotan el contenido de la cuestión prejudicial. Nos extraña que el Abogado General, a pesar de que subraya que la petición de la cuestión prejudicial de la Audiencia portuguesa no precisa las disposiciones del Reglamento cuya interpretación se solicita, tome la firme decisión de atender únicamente al análisis del artículo 3.1. R848/2015 párrafos primero y cuarto, prescindiendo de su posible relación con el párrafo segundo (apartado 20). En esta misma dirección, deja bien claro que “no se discute que los recurrentes están comprendidos en esta categoría de personas”<sup>19</sup> (en referencia a particulares que no ejercen actividad mercantil o profesional) asentando unas premisas que marcan el contenido del resto de sus argumentaciones y que llevan aparejada una decisión que se aleja de los hechos reales del supuesto y que, finalmente, no se adapta a la controversia suscitada. Normalmente las disonancias entre los problemas que subyacen a una cuestión prejudicial y la decisión del TJUE se deben a la manera de formular la pregunta por parte de los tribunales estatales, pero en este supuesto la determinación de la respuesta parece venir marcada por las decisiones al respecto adoptadas por el Abogado General<sup>20</sup>.

**20.** No cabe duda de que los protagonistas del concurso que solicitan su apertura ante los tribunales portugueses son un matrimonio de particulares que trabaja por cuenta ajena y reside en el Reino Unido, a pesar de ello, surge otra cuestión acerca de su naturaleza como deudores. El inconveniente deriva del traslado de residencia habitual de los particulares que lleva aparejado, paralelamente, un cambio en el ejercicio de su actividad y, por tanto, en su condición de deudor; puesto que en Portugal (antes del traslado), realmente, sí realizaban actividad mercantil o profesional independiente y, tal y como alegan, todos los contratos y negocios que han dado lugar al concurso se vinculaban a dicha actividad.

**21.** El TJUE con anterioridad ha tenido la ocasión de pronunciarse en torno al momento en el que fijar el centro de intereses principales del deudor en caso de traslado, resolviendo que deberá atenderse al tiempo de la solicitud de la apertura del concurso<sup>21</sup>, pero no sabemos en qué instante calificar

<sup>19</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 30 de abril de 2020, as. C-253/19, *Novo Banco*, apartado 12.

<sup>20</sup> La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de Guimarães dice así: “En virtud del Reglamento n.º 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, ¿son competentes los tribunales de un Estado miembro para proceder a la apertura del procedimiento de insolvencia principal de un nacional que tiene en dicho Estado su único bien inmueble, aunque su residencia habitual, así como la de su núcleo familiar, esté situada en otro Estado miembro, en el que desarrolla una actividad profesional por cuenta ajena?”.

<sup>21</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, “El traslado del centro de los intereses principales del deudor (a propósito de la STJUE Staubitz-Schreiber)”, *ADCo*, vol. 9., 2006, pp. 497-519.

la naturaleza del deudor, a pesar de que se trata de un tema esencial cuando de esa calificación puede depender, como se desprende en este supuesto, la determinación de su centro de intereses principales y como consecuencia la competencia de los tribunales para llevar a cabo el procedimiento.

**22.** Si retomamos la definición de centro de intereses principales del deudor del art. 3.1. R848/2015 descubrimos que las presunciones establecidas en los párrafos siguientes de ese mismo artículo se dirigen a fortalecer las pautas instauradas al inicio de su tenor, y están planteadas para ayudar a identificar, en casos complicados, el lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses conforme a criterios objetivos comprobables por terceros; así que deben constituir el punto de partida en su interpretación.

Al proyectar estas premisas sobre el supuesto controvertido se nos plantea la duda acerca del grado de objetividad y la posibilidad de comprobación que van a tener los acreedores del centro de intereses de nuestros protagonistas cuando la actividad económica y la administración de la actividad económica que causó la situación de insolvencia se encuentra, claramente, en un lugar distinto al de su residencia habitual. Esta divergencia, en cierto modo, disminuye la seguridad jurídica de sus acreedores a la hora de prever el órgano jurisdiccional competente (y la ley aplicable) para abrir un hipotético y futuro procedimiento de insolvencia e, incluso, podría quedar definitivamente mermada si finalmente se acude al tribunal de la residencia en vez de al lugar del centro principal de actividad de los deudores que constituye el vínculo real en relación con sus acreedores<sup>22</sup>. Si así fuera, se rompería la primacía de la esfera externa que impide al deudor oponer a los terceros un lugar distinto de aquel desde el cual aparece de cara al mercado como lugar desde el que administra su empresa de manera habitual.

**23.** Consiguientemente, que la residencia habitual y el centro de actividad económica difieran puede depender de dos posibilidades: que se haya producido un traslado “simple” de la residencia habitual del deudor, o que se haya producido un traslado de la residencia del deudor y una alteración de la naturaleza de su condición. En el supuesto que nos ocupa la clave definitiva se halla en la modificación añadida en la naturaleza del deudor.

Con carácter general en el caso de que un profesional (empresario o comerciante individual) tenga su residencia habitual en un Estado y su centro profesional o establecimiento principal en otro, el foro de competencia se basará en el segundo criterio cuando esas actividades profesionales sean el origen del procedimiento concursal. Sin embargo, en el supuesto de un particular que tiene su residencia habitual en un Estado miembro y su trabajo dependiente en otro distinto se tomará el primero como centro de intereses<sup>23</sup>. Ahora bien, si se produce un traslado de la residencia del deudor y una alteración en su naturaleza se rompe el elemento de continuidad entre la conexión formal y la conexión real que nos llevan a priorizar la conexión real.

Si proyectamos todo lo anterior sobre el as. *Novo Banco* concluimos que se ha roto la continuidad de la conexión con el foro por lo que deberíamos atender a la naturaleza del deudor previamente a que se produjera dicha ruptura, y ello nos lleva a entender que los deudores con anterioridad a su cambio de residencia eran particulares que realizaba actividades mercantiles o profesionales así que, en consecuencia, su centro de intereses principales se debe presumir que recae en su centro principal de actividad donde se llevaron a cabo las actividades profesionales que dieron lugar a la insolvencia y que están ligados a los “intereses principales” relacionados con la actividad del deudor, es decir en Portugal.

---

<sup>22</sup> Un caso similar podría plantearse en el caso de que se produzca una reorganización y el deudor ya no sea el que tiene el centro de intereses, sino la entidad encargada de la reorganización (argumento utilizado en la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza al analizar la fecha de la determinación del centro de intereses y el establecimiento (apartados 157-160).

<sup>23</sup> *Vid.*, Moss /Smith en *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: a commentary and annotated guide*, Moss/ Fletcher/Isaacs (ed.), 2002, p. 169. *A Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 35-44.

### III. Elementos para destruir la presunción *iusuris tantum* en caso de particulares

24. El Reglamento 848/2015 ha introducido dos presunciones distintas establecidas para delimitar el centro de intereses principales de los particulares en función de si ejercen, o no, una actividad mercantil o profesional. Si el deudor es un particular que realiza una actividad por cuenta propia se presume que su centro de intereses principales es, salvo prueba en contra, el centro principal de actividad y para el resto de los particulares el de su residencia habitual.

25. Las presunciones se instauran para facilitar la aplicación del criterio elegido en caso de duda despejando las incógnitas acerca del tribunal competente. Se convierten en un elemento dirigido a dotar de mayor seguridad jurídica a las partes que prevalecerá salvo prueba en contrario. De esta forma, aunque se admite prueba en contra, la carga probatoria recae sobre la parte que quiera destruir la presunción y si no hay elementos suficientes a favor de la localización del centro de intereses principales en otro Estado distinto predominará lo señalado por la presunción<sup>24</sup>.

Esto último ha sucedido en el asunto *Novo Banco* en el que el TJUE ha dotado de prevalencia a la presunción a favor de la residencia habitual de los recurrentes como centro de intereses particulares y ha descartado que la existencia de un bien inmueble en un Estado distinto fuera un elemento suficiente para desarticular tal presunción, manteniendo que se debe hacer una valoración conjunta de las circunstancias de hecho. Pero ¿qué circunstancias se han tenido en cuenta que no imperan sobre la presunción?

26. El tipo de elementos o circunstancias que se van a utilizar para determinar el centro de intereses principales también dependerá de si el deudor es particular que ejerce una actividad mercantil profesional o si es un particular que trabaja por cuenta ajena. El Considerando 30 del Reglamento 848/2015 establece que las presunciones deben ser “refutables” y que corresponde al órgano jurisdiccional competente valorar “cuidadosamente” si el centro de intereses del deudor está realmente situado en ese Estado. A tales efectos indica que la presunción a favor de la residencia habitual en el caso de particulares que no realizan una actividad profesional podrá ser descartada, por ejemplo, si la mayor parte de los activos del deudor están situados en un Estado distinto del lugar de su lugar de residencia (y es la argumentación en la que se han apoyado los recurrentes). Sin embargo, no especifica nada acerca de la presunción a favor del centro principal de actividad de los particulares que ejercen actividad mercantil o profesional independiente.

27. Para valorar la eficacia de la presunción deberemos tener en cuenta que los elementos o circunstancias que han servido para establecer que la residencia o el lugar donde se encuentra el centro principal de actividad se refiere al centro de intereses principales del deudor particular serán los mismos que nos van a ayudar a verificar si realmente conexión formal y conexión real coinciden. Por tanto, bajo los elementos o circunstancias que pueden destruir las presunciones del Reglamento 848/2015 se halla implícita la definición del concepto de residencia habitual y/o centro principal de actividad propia del Reglamento.

#### 1. El concepto de residencia en el Reglamento 848/2015

28. El concepto de residencia no está definido por el Reglamento 848/2015. Se ha dicho que la laguna es voluntaria y sirve para conservar un concepto de residencia lo más amplio posible en el que puede tener cabida cualquier fórmula<sup>25</sup>, así que su delimitación dependerá de los distintos elementos que rodean a la situación caso por caso.

29. El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la residencia en atención a otros instrumentos de Derecho Internacional privado vinculados a aspectos del Derecho de familia<sup>26</sup>. Aún así, es

<sup>24</sup> M. VIRGOS/F. GARCIMARTIN, *Comentario...loc. cit.*, p. 51.

<sup>25</sup> F. J. AULT-SESEKE Y D. ROBINE, “Le Règlement 848/2015...”, *op.cit.*, p. 32.

<sup>26</sup> Reglamento (CE) 2201/2003, de 17 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución

menester destacar, que en materia de insolvencia el elemento patrimonial juega un papel fundamental a diferencia de datos referidos a la situación social o familiar utilizados en otros contextos. Como ha subrayado el Abogado General (apdos. 45 y 19)<sup>27</sup>, los criterios pertinentes para determinar el centro de intereses principales de un particular que no ejerce actividad mercantil o profesional independiente son los relativos a su situación patrimonial y económica, lo que corresponde con el lugar donde esa persona lleva a cabo la administración de sus intereses económicos y en el que percibe y gasta la mayoría de sus ingresos, o el lugar en el que se encuentran la mayor parte de sus activos.

**29.** La presencia o situación de los bienes del deudor en el lugar donde se solicita la apertura del procedimiento utilizada por los recurrentes para defender la competencia del tribunal portugués es un foro de competencia habitual en los sistemas que parten del principio de “pluralidad y territorialidad”. Realmente, la presencia de los bienes debe existir en el momento en el que solicita la apertura del concurso con el objetivo de proceder a su liquidación y pagar fácilmente a los acreedores locales. Ahora bien, aunque la ubicación de los bienes del deudor es uno de los criterios objetivos reconocibles por terceros que deben intervenir para determinar dónde se lleva a cabo la administración de sus intereses, la presunción a favor de la residencia habitual solo puede destruirse conforme a una valoración conjunta de todas las circunstancias del caso. Tal y como ha establecido el TJUE, el hecho de que el único bien inmueble de los deudores esté situado fuera del Estado miembro en el que residen habitualmente no es por sí sola presunción suficiente y habrá que valorar el resto de los elementos que rodean al supuesto para indicar si el centro de intereses principales efectivo se sitúa en dicho Estado.

**30.** No obstante, los recurrentes han puesto a disposición del Juzgado de Instancia y de la Audiencia portuguesa otros elementos pertinentes en aras de defender la competencia del tribunal portugués y la ubicación de su único bien inmueble en Portugal no es la única razón aludida para abogar por abrir el procedimiento en ese Estado. También alegaron que era el lugar donde se habían llevado a cabo los negocios y se habían celebrado los contratos que provocaron la insolvencia (es frecuente que los contratos entre los “terceros” y los “deudores” se celebren en el lugar donde se encuentra la “sede de dirección”<sup>28</sup>). A este respecto el TJUE establece (apdo. 30) que la causa de la situación de insolvencia tampoco es por sí misma, una circunstancia oportuna para determinar el centro de intereses principales de un particular que no ejerce actividad mercantil o profesional independiente y que, en todo caso, corresponde al tribunal remitente considerar todas las circunstancias objetivas reconocibles por terceros relativas a su situación patrimonial y económica.

El foro de la “actividad negocial” ha sido utilizado frecuentemente por el sistema concursal francés e inglés. La realización de una actividad mercantil en el territorio de un Estado, por parte de un deudor extranjero, podría justificar la atribución de la competencia judicial internacional para abrir el concurso si partimos de la caracterización de las leyes concursales como leyes de “policía y seguridad” o de “orden público” que se imponen en su territorio. Se trata de una justificación coherente basada en la protección del comercio y del crédito que ha podido obtener el deudor en ese Estado<sup>29</sup>. Pero también es característico de los sistemas basados en la pluralidad y territorialidad del concurso y, por tanto, está planteado desde la hipótesis de la apertura de varios procedimientos. Una vez más, procede deducir que por sí solo tampoco es suficiente para destruir la presunción establecida en el Reglamento 848/2015 basado en el principio de universalidad (aunque en este caso no se pone en duda la unidad del procedimiento).

**31.** En virtud de todo lo anterior, concluimos que la presunción a favor de la residencia habitual no cumplirá sus objetivos cuando no concuerde con el lugar donde se toman las decisiones económicas de un deudor, como lugar en el que percibe y gasta la mayoría de sus ingresos o como lugar en el que

---

de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, as. C-497/10, *B. Mercredi vs. Chaffe*.

<sup>27</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 30 de abril de 2020, as. C-253/19, *Novo Banco*.

<sup>28</sup> Como subrayan, L. CALVO CARAVACA - J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Procedimientos...”, *op.cit.*, p. 227.

<sup>29</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Aspectos internacionales...”, *op.cit.*, pp. 344-345.

se sitúa la mayor parte de sus activos y que, en todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente considerar si el hecho de que el único bien inmueble constituye la mayor parte de sus activos se encuentre en otro Estado puede destruir la presunción a favor de la residencia, siempre en relación con las demás circunstancias que rodean al supuesto.

32. En este supuesto, creemos que los recurrentes han aportado suficientes elementos de hecho que tomados en su conjunto hubieran servido al Tribunal portugués para estimar la destrucción de la presunción a favor de la residencia. Sin embargo, hay un dato definitivo que resulta decisivo si nos remitimos a las circunstancias objetivas reconocibles por terceros relativas a su situación patrimonial y económica y es que todos los negocios y contratos que originaron la situación de insolvencia se concluyeron en Portugal y son los únicos que desarrollaron los recurrentes como particulares que ejercían una actividad mercantil o profesional. Si apostamos por la esfera externa del deudor y el “principio de apariencia” en su relación con los “terceros” y/o acreedores cobraría mayor relevancia dicha actividad para determinar su centro de intereses que la que hubieran realizado posteriormente como particulares que trabajaban por cuenta propia.

De hecho el Abogado General también reparo en esta circunstancia y, a pesar de ello, concluyó que “en lo tocante a los particulares que no ejercen una actividad por cuenta propia, no se debe otorgar una importancia decisiva a la impresión global producida anteriormente por la situación de un deudor respecto a sus acreedores”, puesto que lo relevante será tener en cuenta los elementos objetivos que puedan ser comprobados en el momento de la presentación de la solicitud (apartados 49 y 50)<sup>30</sup>; lo que no tuvo en cuenta es que se ha producido una modificación en la naturaleza del deudor que rompe la continuidad implícita necesaria para poder sostener esa afirmación al delimitar su centro de intereses efectivo.

33. En la decisión en torno al *as. Novo Banco* la naturaleza del deudor como particular que no ejerce actividad mercantil o profesional ha marcado las pautas a las que atender para destruir la presunción del Reglamento 848/2015 pero ¿qué hubiera sucedido si se hubiera calificado al deudor como un particular que realiza una actividad mercantil o profesional?

## 2. El centro principal de actividad

34. El centro principal de actividad tampoco está definido en el Reglamento 848/2015 y no aparece en el Considerando 30 instaurado para esclarecer el significado de las presunciones a favor del domicilio social, centro principal de actividad y residencia habitual de su artículo 3.1. El centro principal de actividad tomado como “centro de intereses principales” debe corresponder, igualmente, al lugar desde donde se toman las decisiones que afectan a las actividades económicas del deudor, es decir la “sede de dirección”. Indudablemente, pueden existir “otros intereses” que afectan al deudor pero debemos recordar que el Reglamento 848/2015 se refiere a los intereses principales, es decir ligados a la esfera económica fundamental del deudor y, de este modo, excluye otro tipo de intereses familiares o personales<sup>31</sup>.

35. Siguiendo esta orientación el centro de intereses principales de las personas físicas que sean profesionales corresponde con su centro principal de actividad o “domicilio profesional”<sup>32</sup>. El Reglamento 848/2015 presume que donde se encuentra el centro principal de actividad, es decir donde se realiza la mayor parte de la actividad económica se encuentra su sede de dirección o centro de intereses principales. Por tanto, en el caso que ha dado lugar a la decisión del TJUE en el *as. Novo Banco* el centro principal de actividad de los recurrentes hubiera señalado Portugal como centro de intereses principales si se hubieran calificado como particulares que realizan una actividad mercantil o profesional

<sup>30</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 30 de abril de 2020, *as. C-253/19, Novo Banco*.

<sup>31</sup> L. CALVO CARAVACA - J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Procedimientos...”, *op.cit.*, p.229.

<sup>32</sup> Término propuesto en el *Informe Virgós/Schmit sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia*, n° marg. 75, anexo a M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentarios al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

**36.** En los supuestos en los que la dirección de la “empresa” se realice, realmente, desde otro Estado y no corresponda con su domicilio profesional o centro de actividad principal cabe la posibilidad de prueba en contra y, entonces deberá valorarse “cuidadosamente” por el órgano jurisdiccional dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso. La conclusión a la que llegamos es que, en caso de duda, se requerirá una valoración global del juez de los elementos pertinentes que rodean al supuesto y que las presunciones establecidas por el Reglamento 848/2015 no siempre facilitarán ni aligerarán la carga de la prueba<sup>33</sup>.

#### IV. Conclusiones

**37.** El Reglamento 848/2015 incorpora algunas novedades que delimitan la definición de centro de intereses principales del deudor con el objetivo de facilitar su localización y evitar traslados fraudulentos dirigidos a sortear la ley aplicable.

**38.** Para ello traslada a su artículo 3.1. la definición de centro de intereses del deudor anteriormente situada en el Considerando 13 del Reglamento 1346/2000. De esta forma, se confirma que la ubicación de las pautas para delimitar el criterio escogido en el Preámbulo del Reglamento 1346/2000 era algo coyuntural y, su introducción en el articulado del texto, reafirma las prioridades interpretativas que debemos tener en cuenta para situar el lugar donde se encuentra el centro de intereses principales del deudor cuando desarrolle su actividad económica en varios Estados. Así, en consonancia con los principios de unidad y universalidad, prevalecerá el lugar desde donde se lleva a cabo las decisiones de dirección y de estrategia económica tomado como criterio único y constatable por terceros en aras a señalar la competencia de los tribunales para abrir el concurso.

**39.** A pesar de lo anterior, el criterio escogido por el Reglamento 848/2015 para señalar la competencia en materia de insolvencia tiene un carácter abierto que debe ser matizado y llenado de contenido. Para dotar de mayor uniformidad al concepto de centro de intereses y ayudar a agilizar la carga probatoria en los casos controvertidos el Reglamento 848/2015 introduce presunciones que señalan cuál va a ser ese centro de intereses salvo prueba en contrario.

**40.** Las presunciones a favor del centro principal de actividad y de la residencia habitual como centro de intereses principales en el caso de los particulares que realizan una actividad profesional y de los consumidores es incorporada como novedad en el texto del Reglamento 848/2015, y en este trabajo hemos tenido la oportunidad de analizar su eficacia al hilo de la STJUE en el as. *Novo Banco*. La decisión del TJUE, utilizada como eje vertebrador del trabajo, nos ha ayudado a poner de manifiesto que la definición de los conceptos de “deudor particular”, de “centro principal de actividad” o de “residencia habitual” en el Reglamento 848/2015 conlleva el mismo grado de dificultad probatoria que la inherente al centro de intereses principales que pretende dilucidar, lo que nos lleva a concluir que, las presunciones en materia de particulares, apenas aligeran la carga de la prueba.

**41.** Como hemos visto, en los supuestos en los que se haya producido un traslado del domicilio o residencia habitual del deudor se incrementan las dificultades para delimitar su centro de intereses principales y se complica la tarea del órgano jurisdiccional que deberá comprobar de oficio, en base a todas las circunstancias que rodean al supuesto si, tras el traslado, coinciden la conexión real y la conexión formal establecida para ubicarlo.

**42.** Por otra parte, el traslado de domicilio o residencia en el caso de particulares, puede llevar aparejada la modificación del lugar desde donde se lleva a cabo la dirección estratégica de la actividad económica o la alteración de la naturaleza del deudor que ha podido cambiar de tipo de actividad y, por

<sup>33</sup> Como resalta, F. GARCIMARTIN ALFEREZ, “El nuevo Reglamento...”, *op.cit.*, p. 2.

tanto, de calificación. La calificación del deudor como particular que realiza una actividad mercantil profesional o como consumidor se convierte en un dato esencial en los supuestos en los que se plantean dudas acerca de lugar donde se ubica el centro de intereses principales del deudor, sobre todo al utilizar las nuevas presunciones de Reglamento 848/2015 y establecer los elementos que las destruyen.

El Reglamento 848/2015 no especifica a qué instante debemos atender para realizar la calificación del deudor. Y el momento en el que se solicita la apertura del procedimiento utilizado para concretar el centro de intereses principales parece inadecuado cuando el cambio de naturaleza del deudor se ha producido con anterioridad. No obstante, corresponderá al TJUE pronunciarse sobre este tema porque, aunque hubiera tenido ocasión de hacerlo en la decisión sobre el *as. Novo Banco*, ha optado por el camino fácil y apenas lo ha pasado de soslayo.

LA SCISSIONE FRA *CREDITORE E FORO DEL CREDITORE*  
NELLE OBBLIGAZIONI ALIMENTARI. OSSERVAZIONI A MAR-  
GINE DELLA SENTENZA *WV* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA  
DELL'UNIONE EUROPEA

THE SPLIT BETWEEN THE *CREDITOR* AND THE *CREDITOR'S*  
*COURT* IN MAINTENANCE OBLIGATIONS. REMARKS ON THE  
JUGMENT *WV* OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EURO-  
PEAN UNION

SILVIA MARINO

*Associate Professor*

*University of Insubria, Como/Varese, Italy*

Recibido: 03.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6007>

**Riassunto:** Il presente contributo analizza la recente sentenza *VW* della Corte di giustizia sulla giurisdizione in materia di obbligazioni alimentari. La rilevanza della fattispecie era determinata dal fatto che il ricorrente fosse un ente pubblico, surrogatosi nei diritti del creditore, che agiva in regresso nei confronti di un debitore residente in un altro Stato membro. Le conclusioni dell'Avvocato generale e la sentenza costituiscono un'occasione per sottolineare la portata innovativa del regolamento n. 4/2009, il carattere alternativo dei fori stabiliti dall'art. 3 e la posizione degli enti pubblici nella disciplina delle obbligazioni alimentari.

**Parole chiave:** obbligazioni alimentari, enti pubblici, giurisdizione, diritto di surroga

**Abstract:** The present paper analyses the recent judgment *WV* of the Court of Justice of the European Union on maintenance obligations. The relevance of the case at stake stems from the fact that the claimant was a public body, who subrogated to the claims of a maintenance creditor, and acted against a debtor with habitual residence in another Member State. The Opinion of the Advocate General and the judgment are a good opportunity to stress the innovative impact of Regulation No. 4/2009, the alternative character of the grounds of jurisdiction enshrined in Article 3 and the legal position of public bodies within the regulation on maintenance obligations.

**Keywords:** maintenance obligations, public bodies, jurisdiction, statutory subrogation.

**Sommario:** I. Introduzione. II. I fatti e la questione pregiudiziale nel caso *WV*. III. La necessità di un *revirement* giurisprudenziale. 1. Il sistema completo previsto dal regolamento n. 4/2009. 2. Il carattere alternativo dei titoli di giurisdizione stabiliti dall'art. 3. 3. La divergenza fra le nozioni di ricorrente e di creditore. 4. La tutela del creditore e del debitore. 5. L'interpretazione teleologica. IV. La posizione degli enti pubblici. V. Alcune considerazioni conclusive.

## I. Introduzione

1. In alcuni Stati membri dell'Unione europea la tutela del creditore alimentare in caso di inadempimento del debitore avviene per il tramite dell'assistenza pubblica. Sono individuati enti che erogano direttamente un sussidio economico in sostituzione del debitore, oppure in luogo di alimenti<sup>1</sup>. Dal punto di vista funzionale, il successo di questo sistema di intervento pubblico è indubitabile, dal momento che il creditore ottiene immediatamente un utile sostentamento, evitando difficili situazioni economiche e sociali. L'anello debole di questo sistema è dato dal profilo civilistico, quando l'ente pubblico decida di rivalersi sul debitore inadempiente, e rischia di spezzarsi nelle situazioni transnazionali. Infatti, l'esazione delle obbligazioni alimentari può essere più complessa fin dalla determinazione della competenza giurisdizionale per decidere l'azione – diversamente qualificabile – dell'istituzione pubblica, nonché della successiva esecuzione della sentenza in uno Stato diverso da quello della sua emanazione.

2. La disciplina internazionalprivatistica degli enti pubblici in materia di obbligazioni alimentari è piuttosto ridotta. Le questioni sono solo parzialmente affrontate dal regolamento n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari<sup>2</sup>. Secondo il considerando n. 14, dovrebbero essere considerati come creditori gli enti pubblici che hanno diritto ad agire per il rimborso di prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti. Questa equiparazione non trova alcun corrispondente nelle definizioni di cui all'art. 2 del regolamento, nel quale manca altresì qualsiasi definizione di ente pubblico<sup>3</sup>. Quell'affermazione viene invece ripresa nell'art. 64, unica disposizione integralmente ed esclusivamente dedicata agli enti pubblici. Essa ricalca quasi letteralmente quanto già chiarito nel considerando n. 14. Inoltre, il par. 2 pone la disciplina internazionalprivatistica del diritto di azione dell'ente pubblico nei confronti del creditore. Esso è disciplinato dalla legge cui è soggetto l'ente. Pertanto, se l'ente può agire contro il creditore per il rimborso delle prestazioni erogate, la qualificazione e l'ammissibilità dell'azione dipendono dalla stessa legge che disciplina l'ente agente, così rimettendo alle legislazioni nazionali la determinazione dei poteri dell'ente pubblico, cui anche i rapporti transnazionali saranno soggetti. Infine il par. 3 specifica quando l'ente pubblico possa agire esecutivamente: se sia stato esso stesso attore in una controversia contro il creditore, per il rimborso delle prestazioni erogate; oppure se la decisione sia stata emessa fra debitore e creditore, a concorrenza delle prestazioni erogate in luogo di alimenti. Il potere di chiedere l'esecuzione è limitato alle ipotesi in cui l'ente tuteli un diritto proprio sul fondamento della sua stessa legge regolatrice, ovvero quando non sia avvenuto il rimborso a seguito delle prestazioni erogate al posto delle obbligazioni alimentari del debitore.

3. La Convenzione dell'Aja del 2007 sull'esazione dei crediti alimentari nella famiglia pone una disciplina praticamente identica, sussistendo solo necessarie divergenze dipendenti dalle diverse modalità di circolazione delle decisioni giurisdizionali nel sistema convenzionale rispetto all'automaticità o ai procedimenti semplificati di *exequatur* stabiliti dal regolamento n. 4/2009<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> D. MARTINY, "Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Cases of Reimbursement Claims by Public Bodies", en P. BEAUMONT, B. HESS, L. WALKER, S. SPANCKEN (eds.), *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide, Studies in Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 485.

<sup>2</sup> Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, *GUUE* L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1.

<sup>3</sup> D. MARTINY, *op. cit.*, p. 486.

<sup>4</sup> R. FUCIK, "Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen. Globale Kooperations- und Anerkennungsmechanismen", *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht*, 2008, pp. 219 ss.; P. BEAUMONT, "International Family Law in Europe - the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, p. 536; D. EAMES, "Maintenance Enforcement: The 2007 Hague Convention and the EC Regulation", *International Family Law*, 2009, pp. 47-53; B. ANCEL, H. MUIR WATT, "Aliments sans frontières. Le règlement CE No 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*, 2010, pp. 457 ss.; M. LEVANTE, "Die Reform des internationalen Unterhaltsrechts - das Haager Unterhaltsübereinkommen und das Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht von 2007", en F. LORANDI, D. STAEHELIN (Hrsg.), *Innovatives Recht. Festschrift für Ivo*

4. Questa disciplina lascia aperti tre problemi: il riferimento alla legge costitutiva dell'ente pubblico, quale applicabile alle azioni ad esso disponibili nei confronti del creditore<sup>5</sup>; la possibile necessità di eseguire sentenze diverse da quelle indicate nell'art. 64<sup>6</sup>; la determinazione della giurisdizione. Nel presente contributo si intende presentare qualche osservazione su questo ultimo aspetto alla luce della recente sentenza *WV* della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>7</sup>.

## II. I fatti e la questione pregiudiziale nel caso *WV*

5. La fattispecie da cui sorge il rinvio pregiudiziale può essere considerata piuttosto classica, in questi sistemi di intervento dell'ente pubblico. Lo snodo centrale è l'inadempimento di un debitore di alimenti e la sua sostituzione tramite prestazioni sociali erogate da un ente pubblico. Il debitore, *WV*, risiede in Austria ed è tenuto al pagamento di prestazioni alimentari nei confronti della madre, alloggiata in un istituto di cura per anziani in Germania. Il diritto alimentare è fondato sulle pertinenti disposizioni del codice civile tedesco. La signora percepisce regolarmente prestazioni sociali da parte del Landkreis Harburg a partire dall'aprile 2017. L'ente ritiene di essersi surrogato nei diritti a prestazioni alimentari, di cui è titolare la signora nei confronti del figlio, in forza del codice tedesco della previdenza sociale. In conseguenza, esercita tali diritti dinanzi al giudice civile tramite l'azione di regresso, prevista dal diritto tedesco, nei confronti del signor *WV*.

6. Viene adito il giudice tedesco (Amtsgericht Köln) quale foro del luogo della residenza abituale del creditore ai sensi dell'art. 3, lett. b) del regolamento n. 4/2009. Il giudice adito afferma la propria incompetenza, dal momento che questa competenza sarebbe disponibile esclusivamente a favore della persona fisica, creditore di alimenti. Su impugnazione, l'Oberlandesgericht Köln annulla la decisione di primo grado, ritenendo la portata generale della disposizione, quindi invocabile anche da soggetti diversi dal creditore.

7. Su ulteriore impugnazione con ricorso per cassazione, il Bundesgerichtshof dubita sull'applicabilità dell'art. 3, lett. b) nel caso di specie. Da un lato, infatti, il credito costituisce un'obbligazione alimentare ai sensi del regolamento n. 4/2009, che l'ente ricorrente può vantare in sede civile. Se l'art. 3, lett. b) fosse applicabile, in fase esecutiva il debitore, residente all'estero, non riceverebbe un trattamento preferenziale derivante dalla surrogazione dell'ente pubblico. In senso contrario si fa valere l'eventuale perdurante invocabilità della sentenza *Blijdenstein*<sup>8</sup> sull'applicazione dell'art. 5, n. 2 della

---

*Schwander*, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag, 2011, pp. 79 ss.; F. BARTL, *Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen. Globale Kooperations- und Anerkennungsmechanismen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

<sup>5</sup> Questa scelta non è del tutto necessaria, dal momento che l'esistenza dell'azione di regresso o di rimborso non è un elemento costitutivo dell'ente stesso (che in quanto pubblico non può che essere disciplinato dalla legge sulla base della quale esso è stato istituito). Sarebbe quindi possibile ammettere questa azione alla normale disciplina internazionalprivatistica. Questo riferimento rischia di costituire una sorpresa per il debitore, che non abbia collegamenti significativi con lo Stato secondo la cui legge l'ente è stato costituito. Infatti, potrebbe non conoscere i poteri dell'ente pubblico, e non attendersi un'azione di rimborso da parte di un ente pubblico. Si tratta di una scelta *introversa*, idonea a tutelare anche a livello transnazionale i diritti dell'ente più che le legittime aspettative del debitore.

<sup>6</sup> Il creditore potrebbe avere necessità di far eseguire una sentenza ottenuta nei confronti del debitore anche senza previa prestazione in luogo di alimenti da parte di un ente pubblico (per la disamina specifica, v.: D. MARTINY, *op. cit.*, p. 492). L'assistenza nell'esecuzione pare solo una parte delle competenze attribuite alle autorità centrali nazionali, di cui all'art. 51, par. 2 del regolamento n. 4/2009. Infatti, queste ultime dovrebbero agevolare l'esecuzione continua delle decisioni in materia di alimenti, e la riscossione e il rapido trasferimento dei pagamenti di alimenti (lett. e) e f)), attività che non implicano necessariamente azioni esecutive e l'adozione di misure coercitive. Ulteriormente, sulle autorità centrali: I. CURRY-SUMNER, "Administrative co-operation and free legal aid in international child maintenance recovery. What is the added value of the European Maintenance Regulation?", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010, pp. 611-621.

<sup>7</sup> Corte di giustizia 17 settembre 2020, *WV*, C-540/19, ECLI:EU:C:2020:732.

<sup>8</sup> Corte di giustizia 15 gennaio 2004, *Blijdenstein*, C-433/01, *Rec.* 2004, p. I-981; D. MARTINY, "Unterhaltsrückgriff durch öffentliche Träger im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht", *IPrax*, 2004, pp.195-205; S. NEU, "Zuständigkeit bei Regressklage einer öffentlichen Einrichtung aus übergegangenem Recht des Unterhaltsberechtigten", *Europäische*

Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>9</sup>. In quella decisione, in una fattispecie del tutto assimilabile a quella in esame nel caso *WV*, la Corte aveva infatti affermato che l'ente pubblico non potesse agire presso il foro del domicilio o della residenza abituale del creditore quando persegue il recupero di somme versate in applicazione del diritto pubblico, mediante azione di regresso. La perdurante bontà di questa giurisprudenza impedirebbe la disponibilità del foro del creditore a favore dell'ente pubblico anche nel campo di applicazione del regolamento n. 4/2009.

8. Il giudice *a quo* espressamente preferisce una risposta affermativa al dubbio circa l'invocabilità dell'art. 3, lett. b) del regolamento n. 4/2009, fondata sul carattere generale dell'art. 3 nell'ambito del nuovo sistema in materia di obbligazioni alimentari, basato su obiettivi propri rispetto alla *materia civile e commerciale*. Non si pone pertanto quel rapporto regola/eccezione che sarebbe stato proprio della Convenzione di Bruxelles del 1968 e che aveva giustificato un'interpretazione restrittiva del titolo di giurisdizione di cui all'allora art. 5, n. 2. Tuttavia, il dubbio relativo alla perdurante validità della giurisprudenza *Blijdenstein* gli impone di presentare un rinvio pregiudiziale di interpretazione sull'esplorabilità del foro della residenza abituale del creditore ai sensi dell'art. 3, lett. b) del regolamento n. 4/2009, quando l'attore sia un ente pubblico che agisca in regresso nei confronti del debitore per il rimborso di prestazioni sociali dallo stesso erogate a titoli di alimenti.

### III. La necessità di un *revirement* giurisprudenziale

9. La Corte di giustizia opera un *revirement* giurisprudenziale rispetto alla sentenza *Blijdenstein* fondato sull'interpretazione letterale e teleologica. Gli stessi argomenti sono già analizzati nelle conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, presentate il 18 giugno 2020. Nel proporre la soluzione poi effettivamente abbracciata dalla Corte, nelle conclusioni sono elaborati quattro argomenti: la completezza del sistema del regolamento n. 4/2009; l'alternatività dei titoli di giurisdizione stabiliti dall'art. 3; l'interpretazione letterale dei termini di ricorrente e di creditore; la portata della tutela del creditore e del debitore nel regolamento. Poiché le conclusioni, - come spesso accade - hanno un maggior grado di dettaglio rispetto alla motivazione della Corte, si procede seguendo il percorso compiuto dall'Avvocato generale, richiamando, laddove necessario per continuità o per differenza, le argomentazioni della Corte.

#### 1. Il sistema completo previsto dal regolamento n. 4/2009

10. La continuità nell'interpretazione delle fonti del diritto dell'Unione è normalmente perseguita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Sono rinvenibili molteplici esempi proprio nella cooperazione giudiziaria civile, per esigenze di continuità e di coerenza fra strumenti normativi diversi, che si propongono lo stesso o analoghi obiettivi<sup>10</sup>.

11. Questa continuità interpretativa si giustifica tuttavia se sia rinvenibile altresì una certa equivalenza normativa<sup>11</sup>, per cui gli atti vengono aggiornati, completati, chiariti, modernizzati, ma non com-

*Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 278-279; E. PATAUT, "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 - Article 5.2 - Obligation alimentaire - Subrogation d'un organisme public dans les droits du créancier - Action récursoire", *Revue critique de droit international privé*, 2004, pp. 471-479.

<sup>9</sup> Sul dibattito, soprattutto nella dottrina tedesca: D. MARTINY, "Jurisdiction, Recognition and Enforcement", cit., pp. 491-492.

<sup>10</sup> *Ex multis*, nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile: Corte di giustizia 10 settembre 2015, *Holterman Ferho Exploitatie*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574; Corte di giustizia 11 novembre 2015, *Tecom Micam*, C-223/14, ECLI:EU:C:2015:744; Corte di giustizia 8 giugno 2017, *OL*, C-111/17, ECLI:EU:C:2017:43. Recentemente, in dottrina: A. DI BLASE, "Sull'interpretazione delle convenzioni e delle norme dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, pp. 5 ss.

<sup>11</sup> Espressamente in termini di *equivalenza*: Corte di giustizia 24 novembre 2020, *Wikinghof*, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950, par. 20.

pletamente revisionati nei loro scopi e nella loro disciplina specifica. Questa profonda revisione è invece intervenuta in materia di obbligazioni alimentari. Il regolamento n. 4/2009 costituisce uno strumento normativo del tutto nuovo, che introduce importanti modifiche rispetto al quadro previgente, discostandosi da esso in modo sensibile. Esso infatti persegue obiettivi propri, ovvero la agevole esazione di crediti alimentari (considerando n. 9). Pertanto, il regolamento contempla un sistema autonomo per la disciplina di diritto internazionale privato e processuale delle obbligazioni alimentari, indipendente dalla materia civile e commerciale nonché dai sistemi nazionali. La sua interpretazione può quindi divergere da quella già consolidata relativamente agli atti normativi pre esistenti, inclusa la Convenzione di Bruxelles del 1968, nonché al diritto nazionale.

**12.** L'autonomia del regolamento n. 4/2009 è immediatamente percepibile nella sistematizzazione dell'art. 3, che non prevede più, com'era nella Convenzione di Bruxelles del 1968, un titolo di giurisdizione generale e altri a carattere speciale, eventualmente anche derogatori al titolo generale (come, ad esempio, le competenze esclusive). L'applicazione dell'art. 3 non può quindi essere subordinata al soddisfacimento di altre condizioni, proprie invece del «sistema di Bruxelles»<sup>12</sup> in materia civile e commerciale.

**13.** La Corte di giustizia condivide la conclusione sull'autonomia del regolamento n. 4/2009 rispetto al sistema precedente. L'argomento è tratto dall'interpretazione letterale: poiché il foro dell'art. 3, par. 1, lett. b) non è espressamente riservato al creditore di alimenti, esso può essere invocato anche da un ente pubblico, qualora la sua domanda rientri nel campo di applicazione del regolamento n. 4/2009. In modo snello, la Corte raggiunge la stessa conclusione circa la portata generale dell'art. 3 del regolamento n. 4/2009.

**14.** Ad avviso di chi scrive, questo ragionamento sarebbe stato già da solo sufficiente a dimostrare la differenza del regolamento n. 4/2009 rispetto al «sistema di Bruxelles» e la necessaria diversa interpretazione della portata dei titoli di giurisdizione. Tuttavia, l'Avvocato generale insiste su questo profilo, ragionando sul domicilio del convenuto. Il «sistema di Bruxelles» è infatti applicabile qualora il domicilio del convenuto sia localizzato in uno Stato membro, ma questo criterio di applicazione soggettiva non è richiamato nel regolamento sulle obbligazioni alimentari. Al più, è la residenza abituale del convenuto a costituire un titolo di giurisdizione ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. a). Il domicilio del convenuto è quindi indifferente e può ben collocarsi in uno Stato terzo ai fini dell'applicazione del regolamento. Secondo l'Avvocato generale, questo foro sarebbe particolarmente sconveniente per l'ente pubblico.

**15.** Questo ragionamento è ampiamente ripreso dalla Corte di giustizia (par. 35). L'argomento pare tuttavia ultroneo, dal momento che il domicilio del convenuto pare coincidere con la residenza abituale, si colloca in Austria ed è incontestato. Inoltre, pare poco logico, dal momento che l'applicazione dei titoli di giurisdizione del regolamento n. 4/2009 non può attribuire competenza agli organi giurisdizionali di uno Stato terzo, semplicemente perché il regolamento non si applica loro. Inoltre, la previsione di competenze sussidiarie<sup>13</sup> e di un *forum necessitatis* (art. 7)<sup>14</sup> dimostra una certa ostilità del regolamento a che controversie anche marginalmente collegate con l'Unione europea siano trattate in

---

<sup>12</sup> Ovvero della Convenzione di Bruxelles del 1968, del regolamento n. 44/2001, Bruxelles I e del regolamento n. 1215/2012, Bruxelles Ibis (Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1; Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1).

<sup>13</sup> S. MARINO, "Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, p. 606; F. POCAR, I. VIARENGO, "Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 815.

<sup>14</sup> P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo", *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 1121-1129.

Stati terzi. Inoltre, non pare che le eventuali difficoltà dell'ente pubblico a proporre l'azione in un paese terzo (del domicilio del convenuto) e a eseguire la sentenza in uno Stato membro siano superiori a quelle affrontabili dal creditore di alimenti, persona fisica. La complessità della struttura dell'ente pubblico rende più agevoli la comprensione del procedimento giurisdizionale pendente in un altro paese, del suo sistema giuridico e l'uso di una lingua diversa. Inoltre, è meno probabile che la sentenza emanata nello Stato del domicilio del convenuto/debitore di alimenti debba essere eseguita altrove: il vantaggio del foro del domicilio del convenuto si rinviene proprio in fase esecutiva, data la probabilità di rinvenire nello stesso Stato beni aggredibili con mezzi coercitivi. In ogni caso, questi inconvenienti per l'ente pubblico potrebbero divenire veri e propri ostacoli all'accesso alla giustizia per un privato. Queste argomentazioni dell'Avvocato generale e della Corte rischiano pertanto di essere fuorvianti nel caso di specie.

## 2. Il carattere alternativo dei titoli di giurisdizione stabiliti dall'art. 3

16. Il secondo argomento dell'Avvocato generale è determinato dal carattere alternativo dei fori stabiliti dall'art. 3 del regolamento n. 4/2009, come già confermato dalla Corte di giustizia in due recenti sentenze. I quattro fori sono perfettamente alternativi fra di loro<sup>15</sup>. Non sussiste alcuna gerarchia fra loro<sup>16</sup>, nemmeno nel caso in cui siano presentate azioni complesse, comprendenti diverse domande, rientranti nel campo di applicazione di più regolamenti dell'Unione europea<sup>17</sup>.

17. Ciò consente di affermare che viene meno il rapporto regola/eccezione fra foro del domicilio del convenuto e gli altri fori, che sono organizzati quali perfette alternative ad esso. La Corte di giustizia ribadisce questa conclusione, insistendo sull'interpretazione letterale della congiunzione «o» che collega le quattro diverse ipotesi.

## 3. La divergenza fra le nozioni di *ricorrente* e di *creditore*

18. Il terzo argomento analizzato dall'Avvocato generale è relativo all'interpretazione delle nozioni di *ricorrente* e di *creditore*, da un lato, e di *debitore* e *convenuto*, dall'altro. L'interpretazione letterale del regolamento induce ad escludere un'equivalenza fra i due binomi di nozioni. Al contrario, l'art. 8, par. 1 disciplina specificamente un'ipotesi in cui il debitore sia anche ricorrente, così escludendo la contestata biunivocità come caso unico possibile. Inoltre, l'art. 2 definisce le nozioni di creditore e di debitore senza alcun riferimento alla loro posizione processuale. Il fatto che il creditore sia definito come una persona fisica non esclude in quanto tale un'eventuale surrogazione di un ente pubblico, né la possibilità per quest'ultimo di avvalersi di tutti i fori disponibili *ex art. 3*. Piuttosto, la distinzione significa più semplicemente che l'ente pubblico non è un creditore di obbligazioni alimentari. Pertanto, questi non può agire presso il foro della propria residenza abituale in forza dell'art. 3, par. 1, lett. b).

19. Secondo l'Avvocato generale, tale conclusione è altresì avallata dall'interpretazione storica della genesi del regolamento n. 4/2009. Rileva altresì l'interpretazione letterale dell'art. 64, che si riferisce ad enti pubblici ricorrenti, estendendo loro solo in limitati casi relativi all'esecuzione la nozione di *creditore* e associando pertanto la legittimazione attiva nell'ambito dell'*exequatur*<sup>18</sup>.

20. La Corte di giustizia raccoglie le argomentazioni relative all'interpretazione dell'art. 64. Avendo l'obiettivo di disciplinare integralmente le obbligazioni alimentari da un punto di vista inter-

<sup>15</sup> Corte di giustizia 5 settembre 2019, *R c. P*, C-468/18, ECLI:EU:C:2019:666.

<sup>16</sup> S. MARINO, *op. cit.*, p. 600.

<sup>17</sup> Corte di giustizia ord. 16 gennaio 2018, *PM*, C-604/17, ECLI:EU:C:2018:10.

<sup>18</sup> F. POJAR, I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 808 proponevano un'interpretazione dell'art. 64 del regolamento n. 4/2009 nel senso che l'ente pubblico fosse equiparato al creditore, così discostandosi dall'art. 5, n. 2 della Convenzione di Bruxelles.

nazionalprivatistico, esso non può che avere una portata tendenzialmente generale, indipendente dalla qualificazione dei ricorrenti.

#### 4. La tutela del creditore e del debitore

21. La Corte di giustizia già sottolineato la finalità protettrice di una scelta del foro competente a favore della parte debole nelle obbligazioni alimentari<sup>19</sup>. Tuttavia, se la possibilità di scelta e la disponibilità di taluni fra questi fori, fra cui quello della residenza abituale del creditore, assistono certamente le finalità di tutela della parte debole, nella sentenza *WV* è chiarito che l'intero regolamento non può essere interpretato in questo unico senso. L'argomentazione precedente sulla rilevanza della tutela della parte debole era infatti adeguata al caso di specie, ma quest'ultima non può essere interpretata nel senso che l'art. 3 sia invocabile solamente da questa. Pertanto, non è escluso che tale *optio* sia preclusa ad altri ricorrenti. Eventualmente, solo alcune disposizioni del regolamento possono essere interpretate nella diversa veste di norme materiali di conflitto a tutela della parte economicamente debole.

22. L'invocabilità dell'art. 3, par. 1, lett. b) risponde, secondo l'Avvocato generale, a esigenze di tutela del creditore, superando talune obiezioni sollevate all'indomani della sentenza *Blijdenstein*. In quel frangente, si creava un ingiustificato *favor* al debitore inadempiente, che avrebbe potuto beneficiare in ogni caso della competenza giurisdizionale del giudice del proprio domicilio anche per le azioni in regresso, promosse contro di lui. Questa situazione lo avrebbe disincentivato ad adempiere alle proprie obbligazioni. La disponibilità del foro della residenza abituale del creditore tutela quindi quest'ultimo anche in via preventiva, nel senso che il debitore non avrebbe alcun vantaggio processuale dalla mancata corresponsione delle obbligazioni alimentari.

23. Tuttavia, in questa prospettiva di interpretazione generale del regolamento è rilevante la tutela degli interessi del debitore. Il fatto che tutti i fori di cui all'art. 3 siano disponibili altresì all'ente pubblico che agisce in surrogazione consente di tutelare la certezza del diritto e la prevedibilità a favore del debitore. Questi non sarà infatti esposto a una competenza giurisdizionale che segue la residenza abituale o la sede del ricorrente, ma manterrà ferma quella della residenza abituale del creditore, nell'interpretazione dell'art. 3, par. 1, lett. b).

24. La possibilità di agire presso il giudice della residenza abituale del creditore anche quando il ricorrente sia un ente pubblico contempererebbe quindi le esigenze di tutela sia del debitore, nel senso della prevedibilità della competenza giurisdizionale, sia del creditore, che aumenterebbe le probabilità di una corretta esecuzione della prestazione alimentare.

#### 5. L'interpretazione teleologica

25. La Corte di giustizia abbraccia questi argomenti in un'interpretazione più ampia a carattere teleologico. Mancano solo considerazioni relative alla tutela degli interessi delle parti, nonostante la piena condivisibilità delle argomentazioni dell'Avvocato generale.

26. Secondo la Corte, rientrano fra gli obiettivi del regolamento la prossimità tra il giudice competente e il creditore di alimenti e la facilitazione del recupero dei crediti alimentari. La possibilità lasciata all'ente pubblico surrogante di adire l'organo giurisdizionale del luogo della residenza abituale del creditore sarebbe conforme a quest'ultimo obiettivo (par. 34).

---

<sup>19</sup> Sentenza *R*, cit.

27. Ad avviso di chi scrive, l'argomentazione non è del tutto convincente. L'assunzione di competenza da parte del giudice del luogo della residenza abituale del creditore è funzionale alla prossimità del giudice e la fattispecie, piuttosto che all'agevolazione nell'esazione transnazionale del credito. Infatti, la fattispecie ha collegamenti molto stretti con il luogo della residenza abituale del creditore, perché ivi sono state erogate le prestazioni assistenziali in luogo di alimenti ed è quantomeno probabile che l'ente pubblico abbia la propria sede nello stesso Stato – come nel caso di specie – o conosca bene la situazione personale ed economica del creditore. Pertanto, la competenza attribuita al giudice della residenza abituale del creditore consente una più agevole partecipazione dell'ente pubblico e un'assunzione di prove per la gran parte esistenti nello stesso Stato membro, con miglioramento dell'efficienza del procedimento. Il risultato che si realizza tramite l'interpretazione offerta dell'art. 3, par. 1, lett. b) pare quindi corretto, sebbene per motivi diversi da quelli proposti dalla Corte di giustizia.

28. Viene inoltre salvaguardato l'interesse a una buona amministrazione della giustizia, che comprende l'ottimizzazione dell'organizzazione giudiziaria e l'interesse di entrambe le parti. In questa prospettiva, il trasferimento dei diritti del creditore in capo all'ente pubblico non preclude alcuno di questi interessi. Il debitore potrebbe comunque aspettarsi l'instaurazione di un procedimento presso l'organo giurisdizionale del luogo della residenza abituale del creditore, a prescindere dal soggetto ricorrente. Gli interessi del creditore non sono pregiudicati, poiché è estraneo all'azione di regresso.

29. La Corte di giustizia aggiunge talune osservazioni *a fortiori* in una prospettiva di coordinamento con il sistema dell'Aja di tutela dell'obbligazione alimentare. L'art. 3, par. 1, lett. b) del Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari richiama la legge dello Stato di residenza abituale del creditore, ma pone all'art. 10 una disciplina del tutto analoga a quella dell'art. 64, par. 2 del regolamento n. 4/2009. Ne consegue, secondo la Corte, una coincidenza fra *forum* e *ius* anche qualora il ricorrente sia un ente pubblico. Questa coincidenza è generalmente considerata favorevole nelle controversie in materia di obbligazioni alimentari<sup>20</sup>.

#### IV. La posizione degli enti pubblici

30. La posizione degli enti pubblici nell'ambito delle controversie in materia di obbligazioni alimentari risulta rafforzata. In primo luogo, i diritti di surroga dipendono dalla legislazione interna, modellata quindi sulle competenze e sui poteri dell'ente pubblico stesso. Ne consegue un sistema in parte autoreferenziale, con conseguenze dirette sul piano dei rapporti interpretati e internazionalprivatistici nel momento in cui l'ente pubblico intenda agire in regresso.

31. In secondo luogo, la coincidenza della sede dell'ente pubblico e dello Stato di residenza abituale del creditore è quantomeno probabile alla luce delle finalità assistenziali delle prestazioni pubbliche. Pertanto, l'invocabilità del foro del creditore, utile ai fini della tutela della parte debole, risulta particolarmente conveniente anche per l'ente pubblico, che agisce *iure privatorum* nello stesso Stato di sua costituzione e che gli garantisce il diritto di surroga e l'azione di regresso. Del resto, l'azione in uno Stato membro diverso rischia di essere aleatoria per un ente pubblico, qualora i suoi poteri di surroga e la legittimazione attiva non fossero riconosciuti in tale altro paese per diversi motivi, quali l'irricongiungibilità degli effetti di norme di diritto pubblico, l'inesistenza di analoghi poteri a favore di enti pubblici di quel paese – se non l'inesistenza di enti con funzioni assistenziali assimilabili, motivi di ordine pubblico o di prevalenza di norme interne di applicazione necessaria. Nonostante le argomentazioni dell'Avvocato generale e della Corte, questi rischi sarebbero comparabili nella portata e nell'entità a prescindere che lo Stato di residenza abituale del debitore/convenuto sia membro dell'Unione, o terzo.

<sup>20</sup> A. BONOMI, *Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, consultabile sul sito: <https://assets.hcch.net/docs/44d7912f-ce6d-487e-b3ac-65bbd14fe1b2.pdf>, par. 45.

32. Infine, nell'ambito dell'esazione transnazionale, l'ente pubblico assume le stesse vesti del creditore in forza dell'art. 64. Alla luce delle agevoli modalità di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere nel regolamento n. 4/2009, essenzialmente votate all'automaticità, l'ente pubblico non dovrebbe riscontrare alcuna difficoltà nella circolazione della sentenza negli altri Stati membri, in particolare in quello della residenza abituale del debitore.

33. La sentenza propone pertanto una soluzione di *favor* nei confronti degli enti pubblici. Pare un risultato apprezzabile, nonostante la loro diversa posizione giuridica ed economica rispetto ai creditori persone fisiche e l'assenza di necessità di tutela di una parte debole. Infatti, questo trattamento agevola lo svolgimento dei compiti assistenziali dell'ente pubblico in sostituzione di un creditore di alimenti inadempiente, i quali non sono ostacolati o resi più difficili, qualora la residenza abituale del debitore si trovi in uno Stato membro diverso. Indipendentemente dalla localizzazione attuale o futura del debitore, l'ente pubblico potrà fornire la necessaria assistenza a un soggetto in bisogno economico senza il rischio di dover successivamente intentare una controversia per il rimborso in uno Stato diverso dal proprio.

## V. Alcune considerazioni conclusive

34. La sentenza della Corte di giustizia pare del tutto condivisibile nel suo dispositivo, nell'ottica sia del sistema del regolamento n. 4/2009, sia degli obiettivi che vengono così raggiunti. Tuttavia, la motivazione non pare sempre lineare. Seguendo il percorso già tracciato dall'Avvocato generale, si intersecano considerazioni relative a diversi obiettivi del regolamento, all'interpretazione letterale e argomentazioni *ad abundantiam*. Inoltre, paiono inserirsi considerazioni del tutto irrilevanti se non addirittura perniciose, come quelle relative all'eventuale residenza abituale del debitore in uno Stato terzo, o alla tutela degli interessi delle parti. Ne consegue non solo una certa difficoltà a seguire linearmente il percorso argomentativo della Corte, ma soprattutto un dubbio sulla sua correttezza formale e sostanziale.

35. La minor chiarezza del ragionamento rischia di incidere sull'efficacia dello stesso. L'introduzione di argomenti fallaci o sovrabbondanti rende meno chiara la struttura del ragionamento ma soprattutto la sua forza persuasiva. Se così tanti argomenti supportano l'interpretazione fornita dalla Corte, pare quasi strano che il giudice nazionale, una Corte di ultima istanza, abbia mai potuto avere dei seri dubbi sull'interpretazione della norma. È un caso – invero non frequente – in cui la Corte ha forse ecceduto nell'argomentazione, peccando di prolissità. I due argomenti principali, da soli sufficienti a giustificare un superamento della giurisprudenza precedente, non potevano che essere quelli relativi all'innovazione e all'autonomia del regolamento n. 4/2009 rispetto al sistema precedente, e alla mera interpretazione letterale delle disposizioni, che non distinguono l'invocabilità dei titoli di giurisdizione a seconda del ricorrente. Quantomeno, la tutela delle esigenze alimentari e assistenziali pare fortemente salvaguardata.

# LA EXISTENCIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

## THE EXISTENCE OF THE ARBITRAL CLAUSE AND THE WILL OF THE PARTIES.

CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES

*Doctoranda en Derecho por la Universidad de Murcia*

*Letrada colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

Recibido: 11.11.2020 / Aceptado: 27.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6008>

**Resumen:** El auto objeto del presente comentario estima, en sentido parcial, el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona en el que se discute la existencia o no de una sumisión a arbitraje. El auto del Juzgado se pronuncia de forma positiva en relación con la declinatoria presentada por la demandada, en la que alega la existencia de una cláusula arbitral inserta en el contrato de importación suscrito entre la demandante y demandada. Esta cláusula estipula que el contrato se interpretará de conformidad a la legislación eslovena y que el arbitraje tendrá lugar en Ljubljana, República de Eslovenia.

Por su parte, la demandante y recurrente alega que no hubo intención clara de las partes de introducir esa cláusula arbitral y que su colocación en el contrato fue fruto de un error material. Añade que de considerarse una cláusula arbitral ésta debería ser considerada inoperante e ineficaz por sus lagunas e irregularidades insalvables.

**Palabras clave:** arbitraje, cláusula arbitral, requisitos de forma, forma escrita, ley aplicable, validez de la cláusula, voluntad inequívoca, vulneración del art. 24 CE.

**Abstract:** The order object of this comment considers admissible, in a partial sense, the order issued by the Court of First Instance nº 32 of Barcelona, in which the existence or not of a submission to arbitration is argued. The court order pronounces positively in relation to the jurisdiction plea presented by the defendant, which alleges the existence of an arbitration clause inserted in the import contract signed between the plaintiff and the defendant. This clause stipulates that the contract will be interpreted in accordance with Slovenian Law and the arbitration will take place in Ljubljana, Republic of Slovenia.

For its part, the plaintiff and appellant alleges that there was no clear intention of the parties to introduce this arbitration clause and that its placement in the contract was the result of a material error. It adds that if the arbitration clause is considered as inserted, it should be considered inoperative and ineffective due to its insurmountable gaps and irregularities.

**Keywords:** arbitration, arbitral clause, formal requirements, written form, applicable law, validity of the clause, unequivocal will, violation of art. 24 Spanish Constitution.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho y la instancia de origen. II. El análisis de la cláusula arbitral. Lo que tendría que haber sucedido. 1. La forma de la cláusula arbitral: existencia y validez. 2. La voluntad de las partes. III. El caos normativo del que hace gala la AP. Lo que de verdad pasó. 1. La forma de la cláusula arbitral. 2. La voluntad de las partes. IV. Principios constitucionales en el arbitraje: el derecho de defensa. V. Régimen jurídico de la elección de la Ley aplicable al convenio arbitral y de la Ley aplicable a la elección del tribunal competente. VI. Conclusiones.

## I. Antecedentes de hecho y la instancia de origen

1. Este comentario versará sobre dos aspectos clave mencionados por el auto y son determinar si existe cláusula arbitral y la importancia de la voluntad de someterse a arbitraje. Además, también se tratará un tercer punto no mencionado por el tribunal pero sí invocado por una de las partes relativo al tema de la vulneración de la tutela judicial efectiva por parte del tribunal cuando éste se inhibe de conocer el asunto y remite a arbitraje.

2. Antes de avanzar con el estudio hay que describir la situación con la que se encontró la Audiencia de Barcelona. Ante ella se presentó un recurso de apelación que traía causa de un auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona. Según el caso de autos la empresa HYLA Trade D. o. o. (empresa eslovena) formula demanda de reclamación de cantidad frente a BS IMPORT PROYECT, S.L. (empresa española) ante el Juzgado de Primera Instancia. Alega la actora que ambas partes habían celebrado un contrato de importación, en el que la empresa española se comprometía a organizar la venta de los productos de la empresa eslovena en España. BS IMPORT realiza un pedido a HYLA cuyo montante ascendía a 136.700 €. Como parte del pacto el pago se realizaría con carácter previo al envío de los productos pero, sobre la base de la confianza fruto de años de relaciones, se entregaron las mercancías antes de realizarse el pago. La mercancía llegó en fecha 5 de Julio de 2016, pero la entidad importadora no procedió al pago. Sin embargo, BS IMPORT realizó una transferencia meses más tarde pero por un importe menor del acordado. Decidieron fijar un calendario de pagos y la demandada realizó varios pagos, aunque finalmente incumplió el compromiso adquirido. En total abonó 20.000€ que, descontados de la cantidad total debida, hace un importe pendiente de abono de 101.700€.

3. Frente a esta demanda BS IMPORT presentó una declinatoria y alegó la falta de competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia, por existir en el contrato una cláusula que remitía a arbitraje. Contestó la actora que no existía tal cláusula en el contrato de importación y que de haber querido someter un posible litigio a arbitraje lo habrían hecho de forma clara. Añadió que la cláusula contenida en el contrato, de ser considerada cláusula arbitral, debería ser inoperante e ineficaz por contar con lagunas e irregularidades insalvables.

4. El Ministerio Fiscal emitió un informe y en él trató la cuestión planteada en la declinatoria, relativa a la existencia de una cláusula arbitral. En base a ello, declaró la existencia de la cláusula y, por tanto, la ligación del asunto a arbitraje, por lo que se debería remitir a esta vía y no conocer en el orden jurisdiccional. Tras ello, el Juzgado dictó un auto en el que estimaba la declinatoria planteada y confirmaba su falta de competencia, por lo que declaró el sobreseimiento de las actuaciones y su remisión a arbitraje, así como la imposición de costas. Contra esta resolución la actora presentó recurso de alzada frente a la Audiencia Provincial de Barcelona en el que alegaba la falta de motivación y la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicables con vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Finalmente, emite la Audiencia Provincial un auto en el que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por HYLA, revoca el pronunciamiento de costas, pero confirma la declinatoria, de igual modo que hizo el Juzgado de Primera Instancia, por lo que considera que sí existe cláusula arbitral.

## II. El análisis de la cláusula arbitral. Lo que tendría que haber sucedido

5. En el caso de autos se discute si existe una cláusula arbitral y si las partes querían incorporarla. Esto se traduce en la necesidad de realizar un estudio pormenorizado sobre la forma de la cláusula arbitral y la voluntad real de las partes de incorporar esa cláusula.

6. Antes de comenzar hay que poner de relieve que la Unión Europea excluye al arbitraje de las “*Alternative Dispute Resolutions*” (ADR), ya que no es una modalidad alternativa de solución de conflictos con la que se designa a otros procedimientos extrajudiciales de resolución en los que también dirime la

cuestión un tercero imparcial, como es la mediación<sup>1</sup>. Esto se debe a su “cercanía” al procedimiento judicial y a que el objetivo de la sentencia arbitral, o laudo, es la de sustituir la decisión de la justicia.<sup>2</sup> Las partes deciden someter los posibles litigios, presentes o futuros, a arbitraje a través de un acuerdo arbitral, que es “(...) *el acuerdo por el cual dos o más partes deciden someter a arbitraje la resolución de sus controversias*.”. Además, dicho acuerdo puede constar en una cláusula inserta en un contrato, denominada cláusula arbitral, o ser un acuerdo propio e independiente, el cual haya sido referenciado por las partes a través de otras comunicaciones o que aparezca adjunto al contrato, calificado en este caso como convenio arbitral<sup>3</sup>.

7. Además, de la mano de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ se puede dividir el objeto del convenio arbitral en dos<sup>4</sup>. Por un lado, puede que el convenio arbitral consista en la resolución de un litigio ya existente entre las partes, por lo que se le denominará como “compromiso arbitral”; o bien en la resolución de un litigio futuro, en cuyo caso recibe el nombre de “cláusula compromisoria”. La distinción es relevante en aquellos ordenamientos jurídicos estatales que mantienen una actitud prohibitiva o restrictiva de las cláusulas compromisorias<sup>5</sup>.

## 1. La forma de la cláusula arbitral: existencia y validez

8. La cláusula de la que trae causa el litigio indica que “21. *Este contrato deberá íntegramente interpretarse y aplicarse de conformidad con las Leyes de la República de Eslovenia. El arbitraje tendrá lugar en Ljubljana, República de Eslovenia*”. Por tanto, hay que hacer un doble análisis en cuanto a la forma y versará sobre la existencia de la cláusula y su validez.

9. Se debe partir del hecho de que las dos empresas tienen sus domicilios en Estados distintos. Esta precisión ya indica algo que debe ser tenido en cuenta, y es que una de las partes está sometida a una ley distinta de la española, por lo que tiene la consideración de extranjera. En España el arbitraje se regula en Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>6</sup>, la cual advierte en su art. 3 que “1. *El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. (...)*”<sup>7</sup>. Por

<sup>1</sup> LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. 1. Panorama global. 1.1.2. [2]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0196&from=PL>

<sup>2</sup> O. D. FRANCO CONFORTI, “Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional”. *La Ley* 5409/2015. 24 de septiembre de 2015. Pág. 6.

<sup>3</sup> M. VIRGÓS, “El Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*/ 14-2006. Pág. 13.

<sup>4</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), “*Derecho del comercio internacional*”, Ed. Colex, Madrid, 2012, ISBN: 978-84-8342-363-9, pp. 2084 y A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*Arbitraje privado internacional*”, pp. 1722-1835.

<sup>5</sup> Indican los autores que en Derecho español no existe diferencia de tratamiento jurídico entre la “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”. La Ley 60/2003 se refiere, exclusivamente, al “convenio arbitral” (art. 9.1 LArb 2003). Añaden además que “1º) *En el comercio internacional actual es más frecuente la “cláusula compromisoria” (R. David, P. Schlosser). Es una cláusula cuyo otorgamiento es sencillo. En efecto, en este caso, el recurso al arbitraje se incluye como una cláusula más de un contrato cuyo objeto principal es otro, una compraventa, un suministro, etc. Además, la cláusula compromisoria comporta una gran seguridad jurídica para las partes. Éstas, desde el primer momento, son conscientes de que las diferencias surgidas de la interpretación o ejecución del contrato concluido por ellas, serán resueltas mediante un arbitraje y no mediante los Tribunales estatales de Justicia (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, R. DAVID).*”

<sup>6</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003. Ref. BOE-A-2003-23646)

<sup>7</sup> Los tres requisitos que el art. 3 Ley 60/2003 ofrece para determinar la internacionalidad del arbitraje son a) que las partes tengan domicilios en Estados diferentes al momento de realizar el convenio; b) Que el lugar del arbitraje, el de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios; y, finalmente, c) que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

Es interesante apreciar que el precepto utiliza el término “*alguna*” antes de hacer la relación de los tres requisitos. Esto significa que se tratan de puntos de conexión alternativos, no en cascada o todos de obligatoria observancia. Por tanto, no es necesario que se aprecien todos los requisitos, pues basta con que haya uno o dos y el precepto le dará la consideración de arbitraje internacional.

tanto, se debe concluir que se trata de un arbitraje internacional<sup>8</sup>. Dicho esto habrá que acudir a las leyes aplicables al arbitraje internacional.

**10.** Las dos normas jurídicas encargadas de regular el arbitraje cuando éste contiene elementos extranjeros son, de un lado, el Convenio de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>9</sup> (CG en adelante) y, de otro lado, el Convenio de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>10</sup> (CNY en adelante). Puesto que ambos convenios han sido suscritos por España y han sido publicados en el BOE pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno<sup>11</sup>. Esto significa que son de preferente aplicación frente a la normativa nacional.

**11.** El art. II CNY se divide en tres apartados. El primero establece que cada Estado contratante reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes hayan decidido someter sus diferencias, presentes o futuras, respecto a una determinada relación jurídica a arbitraje. El apartado 2 define qué debe entenderse por “acuerdo por escrito” y es “(...) una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. El tercer apartado insta a los tribunales del Estado al que se le someta el litigio a remitirlo a arbitraje, salvo que compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

**12.** Cabe ahora preguntarse si esta exigencia de constar por escrito es una formalidad *ad solemnitatem* o *ad probationem*. La forma solemne es un requisito de validez del acto jurídico y cumple con una función de forma esencial; por su parte, la forma probatoria no constituye un requisito de validez, sino que se puede prescindir de ella sin que por eso se vea afectada la validez y eficacia del acto<sup>12</sup>.

**13.** De la letra del art. II CNY se puede deducir que para éste se trata de un requisito *ad solemnitatem*, por lo que la apreciación de la forma escrita supone un requisito para determinar la validez de la cláusula o convenio arbitral. Esto es así debido a que no ofrece ninguna otra opción de inclusión y, puesto que se trata de un convenio de aplicación *erga omnes*, es un requisito que deberá ser cumplido para reconocer la existencia de la cláusula.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> “Un arbitraje se dice internacional porque trasciende de la esfera de un único Estado y presenta vínculos o conexiones con otros Estados”. (M. VIRGÓS. 2006, 23).

<sup>9</sup> Traspuesto en España en el BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975, págs. 20985 a 20988. (Ref. BOE-A-1975-20601.)

<sup>10</sup> Traspuesto en España en el BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, págs. 15511 a 15512. (Ref. BOE-A-1977-15727.)

<sup>11</sup> Esta previsión se establece en la Constitución Española, más concretamente en el art. 96.1 CE el cual indica que “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”. No hay que dejarse llevar por la terminología y considerar que únicamente los tratados pueden considerarse como normativa interna, pues “Ello no significa que resulte imposible la introducción de otras normas internacionales, sino más bien que la integración de las mismas habrá de verificarse en los términos previstos en los tratados de los que deriven, siempre y cuando éstos formen parte del ordenamiento español. La expresión “tratado” no comprende todas las posibles normas internacionales. El artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular” (J.L. REQUEJO PAGES. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el Ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12. Núm. 34. Enero-abril 1992. Pág. 48.). Por ello, los convenios también forman parte del Ordenamiento Jurídico interno.

<sup>12</sup> C.D. CORTEZ PÉREZ. “La forma del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984”. *Memorando de Derecho*. 2012. Págs. 210 y 212

<sup>13</sup> Cuestión distinta es si se estudia la cláusula a la luz del Convenio de Ginebra, pues su art. I.2.a) *in fine* indica que “(...) en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, [se considera acuerdo o compromiso arbitral] todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.” Flexibiliza así este requisito para el supuesto en que uno de los Estados no exija la forma escrita, por lo que lo convierte en un requisito *ad probationem*, pero habrá que estar a lo que indique la normativa de ese Estado sobre forma del convenio arbitral. Sin embargo, no hay que olvidar que el CG opera *inter partes* (M. VIRGÓS. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. *Actualidad jurídica Uria Menéndez*/ 14-2006. Artículos. Pág. 24), por lo que sólo será aplicable y oponible entre Estados que lo hayan adoptado. Además es un convenio concebido como complementario del CNY 1958, donde algunas de sus reglas modifican expresamente las relaciones entre los Estados contratantes (M. VIRGÓS. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. *Actualidad jurídica Uria Menéndez*/ 14-2006. Artículos. Pág. 15).

14. Una vez determinada la forma, hay que estudiar el tema de la validez de la cláusula. El art. VI CG, en relación con la competencia de los tribunales estatales, establece que “2. *Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán: a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral; (...)*”

15. En función de este precepto la ley encargada de determinar la existencia y validez de la cláusula arbitral es la ley a la que las partes hayan sometido el litigio. En este sentido, la ley elegida es la ley eslovena, por lo que será ella la encargada de decidir sobre los requisitos que deben observarse para considerar la cláusula válida.

16. A este respecto, el art. 10 de la Ley de Eslovenia manifiesta que “1) (...) *El acuerdo de arbitraje puede presentar la forma de una cláusula inserta en un contrato o de un acuerdo independiente*”. Por tanto, puesto que permite que presente la forma de cláusula inserta en un contrato, la cláusula del supuesto tratado sería válida y existente conforme a la ley aplicable.

## 2. La voluntad de las partes

17. La siguiente circunstancia que se discute y que habría que abordar es si existía o no intención de incorporar la cláusula de sumisión al arbitraje o, como declara HYLÁ, “(...) *la voluntad de las partes fue la de suprimir la cláusula arbitral que se incluía en el modelo de contrato que ella misma redactó, pero por un error material, se omitió eliminar su última frase*”.

18. Como ya se ha explicado, la ley aplicable a la cláusula arbitral es la ley eslovena. Por consiguiente hay que acudir a su legislación nacional en busca de los requisitos para validez de los contratos. El art. 82 del Código de las Obligaciones esloveno determina que las disposiciones del contrato se interpretarán como se leen. El apartado segundo expresa que si hay alguna disposición controvertida “*no será necesario ceñirse al significado literal de las expresiones utilizadas, pero será necesario identificar las intenciones comunes de las partes contratantes e interpretar la disposición de manera que cumpla con los principios de la ley de obligaciones establecida en el presente código*”<sup>14</sup>. Esas “intenciones comunes de las partes” es la voluntad que tenían las partes al incluir una determinada cláusula en el contrato.

19. De los datos con que se cuenta no se puede valorar que la intención de las partes fuese distinta a la inclusión de la cláusula arbitral, pues no hay prueba alguna que pruebe que esa no fuese su voluntad real y que sólo se trataba de un mero error material.

20. Por ende, la cláusula arbitral debe entenderse como puesta, existente y válida, por lo que el tribunal debe remitir la cuestión a arbitraje.

## III. El caos normativo del que hace gala la AP. Lo que de verdad pasó

21. A continuación, se va a realizar un análisis de la actuación de la AP y su razonamiento jurídico, para comprobar que el Derecho Internacional Privado es ese gran desconocido de los tribunales españoles.

<sup>14</sup> Traducción libre del autor. El texto en inglés dicta “(2) *In the interpretation of disputed provisions it shall not be necessary to adhere to the literal meaning of the expressions used, but shall be necessary to identify the contracting parties’ common intentions and interpret the provision so as to comply with the principles of obligational law set out in the present code.*”. [http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload\\_folder/zakonodaja/povezano/Obligations-Code\\_Slovenia\\_2001.pdf](http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload_folder/zakonodaja/povezano/Obligations-Code_Slovenia_2001.pdf)

## 1. La forma de la cláusula arbitral

22. Tras una exposición de los hechos ocurridos, el tribunal comienza su explicación con la aplicación del art. 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español, que permite al demandado la denuncia de la falta de competencia internacional por estar sometido el litigio a arbitraje. Esta denuncia se realizará a través de la declinatoria. A continuación, asienta el problema que va a acometer, que es la existencia del convenio arbitral que ha dado lugar a la estimación de la declinatoria<sup>15</sup>. Prosigue su desarrollo con la transcripción de la cláusula arbitral fruto de la controversia y expone que *“La cláusula transcrita, si contuviera un convenio arbitral, -eso es precisamente lo que se discute-, integraría un supuesto de arbitraje internacional, de acuerdo con el art. 3.1. a) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en relación con el art 1. a) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, a cuyo régimen jurídico se encontraría sometido, siendo aplicable al mismo, igualmente, el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras”*.

23. Añade que ambos convenios han sido suscritos por España y han cumplido las formalidades internas correspondientes, por lo que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno. Para completar esta idea indica que son de prevalente aplicación a las normas nacionales cuando se den los supuestos de tráfico externo que configuran su ámbito de aplicación. Asimismo, apunta que tales convenios han sido suscritos por Eslovenia.

24. Tras esta acertada explicación, con alguna salvedad conceptual, enuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007 y lo hace para señalar que, puesto que esta sentencia se refiere a los dos convenios internacionales y los trata de preferente aplicación, eso mismo es lo que hará ella. Por tanto, aplica el art. II CNY, que define qué se entenderá por acuerdo por escrito. No tiene mucho sentido para el caso mencionar esta sentencia, pues no añade nada nuevo a lo que ya había dicho la propia AP.

25. Se plantea entonces la cuestión de la Ley aplicable para determinar la eficacia, validez o nulidad del convenio arbitral. Para solucionar tal pregunta acude al art. VI.2 CG, el cual determina que la ley aplicable será aquella a la que las partes hayan sometido el acuerdo o compromiso arbitral. Concluye la AP que *“(...) la ley con arreglo a la cual debería analizarse si la cláusula del contrato que invoca la demandada contiene un convenio arbitral válido sería la ley eslovena”*.

26. El siguiente paso sería aplicar la Ley eslovena y este apartado estaría solucionado. Sin embargo, la AP decide, por algún motivo desconocido, que lo mejor es aplicar la Ley española de arbitraje, concretamente el art. 9. Tras hacer una transcripción del contenido del precepto explica que *“El art. 9.6 LA no es totalmente coincidente en este punto con lo que establece el art. 6 del Convenio de Ginebra. Sin embargo, en el caso de autos no se produce ningún problema de discrepancia de normas, porque ambas normativas, la eslovena y la española, tienen un contenido similar en cuanto al convenio arbitral”*<sup>16</sup>. La mención a la legislación española resulta ilógica e inútil, pues ha declarado que la Ley aplicable es la eslovena, por lo que poco o nada importa el contenido de la normativa española para decidir la validez de la cláusula arbitral.

27. Finalmente aplica la norma eslovena, concretamente el art. 10 de la Ley de Arbitraje eslovena, la cual corrobora la inclusión del acuerdo de arbitraje en forma de cláusula en el contrato.

<sup>15</sup> Ya se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior que el acuerdo mediante el cual las partes se someten a arbitraje puede ser en forma de cláusula inserta en un contrato (cláusula arbitral), contrato propiamente dicho, el cual es más extenso que la cláusula (convenio arbitral), o incluso en forma de compromiso (cláusula compromisoria o compromiso arbitral). Aunque el tribunal habla de la existencia del convenio, en realidad se refería a la cláusula arbitral.

<sup>16</sup> **Art. 9.6 Ley 60/2003:** *“6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”*.

## 2. La voluntad de las partes

28. Asentado el requisito de forma, la siguiente cuestión a la que se enfrenta el tribunal es decidir si las partes querían incluir la cláusula o no. Menciona como punto de partida de su exposición que ambas leyes de arbitraje, española y eslovena, están inspiradas en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo CNUDMI/ UNICTRAL). Tras esto indica que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española pone de relieve que “(...) *la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma*”.

29. Remite también a la sentencia del Tribunal Supremo 607/2010, de 7 de octubre<sup>17</sup> y al auto del TSJC de 6 de mayo de 2016, las cuales alegan que lo decisivo para la validez del convenio arbitral es la voluntad inequívoca de las partes de incluir esa cláusula. Por tanto, la AP se basa en esta afirmación cuando sostiene que “(...) *la cuestión radicará en determinar si la fórmula utilizada por las partes pone de manifiesto su voluntad clara de someter la cuestión a arbitraje*”. Y para determinar esa clara voluntad acude a los artículos 1281 y 1282, *a sensu contrario*, del Código Civil español y concluye que no hay indicios en el contrato ni en los actos coetáneos o posteriores a éste que indique que la intención era otra distinta a la inclusión de la cláusula arbitral.

30. Con fundamento en todo lo anterior, determina la AP que no hay prueba alguna que demuestre que la voluntad de las partes era la de suprimir el acuerdo, como alega la actora. Y puesto que la primera frase de la cláusula indica la sumisión a un determinado ordenamiento para la resolución de las controversias, y la segunda hace referencia al lugar en el que se llevará a cabo el arbitraje, todo conduce a pensar que sí se quiso incluir la cláusula arbitral.

31. Injustificada y totalmente desacertada es la definición que merece la argumentación de la AP en este aspecto. Tras haber comprobado que la Ley aplicable es la eslovena mantiene su empeño en aplicar la norma española. Pero no sólo eso, sino que también utiliza jurisprudencia española para apoyar su equivocada explicación. Por mucha pasión que se sienta hacia los elementos legislativos patrios, si la Ley aplicable es otra, no hay nada que hacer más que rendirse a la evidencia y aplicar la otra ley.

## IV. Principios constitucionales en el arbitraje: el derecho de defensa

32. Un último aspecto que hay que mencionar, aunque la AP no lo estudia, es el hecho esgrimido por la recurrente sobre una posible indefensión debida a la vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española, en tanto en cuanto el Juzgado de Primera Instancia no entró a conocer el asunto y les remitió a arbitraje.

33. Ya se ha dicho al principio de este estudio que la Unión Europea no incluye el arbitraje en el grupo de los ADR por su cercanía al procedimiento judicial ordinario. Esta afirmación se puede apreciar en el hecho de que el árbitro goza de independencia e imparcialidad, además de poder ser recusado por las partes. Además, el procedimiento arbitral también presenta garantías para las partes como los principios de igualdad, audiencia y contradicción o los de colegialidad y secreto de las deliberaciones<sup>18</sup>.

34. En este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Suda c. République Tchèque*<sup>19</sup> estudia la sumisión a arbitraje bajo el prisma del art. 6 del Convenio Europeo de

<sup>17</sup> STS 607/2010, de 7 de octubre. ECLI: ES:AN:2010:607

<sup>18</sup> Para un estudio en mayor profundidad de los principios rectores de los árbitros y del procedimiento arbitral acudir al libro de M. GÓMEZ JENE. “*Arbitraje Comercial Internacional*”. Ed Civitas. 2018. Concretamente a sus capítulos VIII y IX.

<sup>19</sup> STEDH, 28 de octubre de 2010, núm. 1643/06. ECLI: CE: ECHR:2010: 1028JUD000164306

Derechos Humanos, que habla sobre el derecho a un proceso equitativo<sup>20</sup>. Esto es importante puesto que “*El Tribunal recuerda que el derecho al acceso a un tribunal (...) no implica, en materia civil, la obligación de someterse a una jurisdicción de tipo clásico, integrada en las estructuras judiciales ordinarias de un país (...). El artículo 6 no se opone a la creación de tribunales arbitrales con el fin de juzgar ciertas diferencias de naturaleza patrimonial que enfrente a particulares. Nada impide a los justiciables a renunciar a su derecho a un tribunal en favor de un arbitraje, a condición de que esa renuncia sea libre, lícita e inequívoca (...).*”

35. Así pues, no se podrá considerar que ha existido una indefensión por parte del tribunal ordinario al inhibirse de conocer un asunto, siempre y cuando haya una cláusula o un convenio arbitral que remita a las partes a arbitraje. Ambas estructuras tienen la potestad para conocer de los asuntos a los que les sometan las partes, siempre que sean materias de libre disposición. Por lo que al no haber prueba que demuestre la intención de no incluir esa cláusula arbitral, se considerará válida y puesta, y la remisión a arbitraje no supondrá ninguna vulneración del art. 24 CE.

## V. Régimen jurídico de la elección de la Ley aplicable al convenio arbitral y de la Ley aplicable a la elección del tribunal competente

36. La cláusula arbitral goza de autonomía respecto del contrato en el que se encuentra inserta. Esta afirmación se basa en el principio de separabilidad o autonomía, que consiste en proclamar la independencia que ostenta la cláusula frente al contrato principal. Lo anterior se traduce en que ésta no se verá afectada por las vicisitudes que puedan perjudicar la existencia o validez del contrato que la contiene<sup>21</sup>.

37. El principio anterior es una consecuencia de la admisión de la autonomía de la voluntad. Ésta consiste en el derecho subjetivo de las partes de decidir la ley aplicable al convenio<sup>22</sup>. Tal ley regulará la forma, capacidad y validez del acuerdo por el cual dos o más partes deciden someter una controversia a arbitraje internacional<sup>23</sup>. Además, en el contexto del arbitraje, “*La autonomía de la voluntad (...) no tiene un límite temporal. De hecho, [las partes] podrán modificar decisiones previamente tomadas y con independencia del criterio del colegio arbitral*”<sup>24</sup>.

38. Si se ponen en relación ambos principios, se puede afirmar que las partes pueden elegir el derecho que regulará la cláusula arbitral y el fondo de la cuestión, tal y como se reconoce en el art. V.1.a) CNY<sup>25</sup>. Se ofrece a las partes libertad para decidir la ley que el árbitro debe aplicar para solventar la cuestión y que el juez debe estudiar para determinar si existe algún vicio y, en su caso, no corresponderá el reconocimiento del consecuente laudo.

<sup>20</sup> Art. 6 CEDH: “*1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)*”

<sup>21</sup> R.J. CAVIANO. “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene.” *Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2015. Nº 13. Pág. 19.

<sup>22</sup> O. CASANOVAS Y LA ROSA. “*La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado*”. 1976. Pág. 1004.

<sup>23</sup> H. M. MEDINA CASAS. “La Ley aplicable al pacto arbitral: incertidumbre en contravía de las bases del arbitraje internacional”. *Arbitraje PUCP*. 2017. Pág. 142.

<sup>24</sup> M. GÓMEZ JENE, “*Arbitraje Comercial Internacional*”. Ed. Civitas. 2018. Pág. 286.

<sup>25</sup> Art. V.1.a) CNY: “*1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable **o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido**, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia;*” (Negrita y subrayado incluido por el autor).

**39.** Sin embargo, esta libertad no es absoluta pues encuentra su límite, primero, en la forma que debe tener la cláusula para considerarse válida, recogida en el art. II CNY; y, segundo, en la arbitrabilidad de la materia y el orden público. En este sentido, el art. V.2 CNY prevé ambos motivos como causas de denegación del reconocimiento y *exequátur* del laudo. Esta denegación se hará en base a la Ley del país en el que se está solicitando el reconocimiento, por lo que entra en juego otra ley aplicable a la interpretación de la cláusula arbitral. El juez examinará la cláusula a la luz de su ley nacional y será en base a ella con la que decida si la cláusula es válida o no y, por ende, otorgará el reconocimiento o lo denegará.

**40.** Interesante cuestión es la comparativa entre el régimen hasta aquí explicado y la sumisión realizada por las partes a un tribunal estatal de justicia. Esta previsión se encuentra en el art. 25 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, más conocido como Reglamento Bruselas I-bis (RBI-bis en adelante).

**41.** El precepto se titula “*Prórroga de la competencia*”, puesto que prorroga o extiende la competencia judicial internacional a tribunales que, de otro modo, no tendrían competencia para conocer del litigio. Este artículo contempla, en definitiva, la viabilidad de que las partes se sometan a tribunales estatales que no serían competentes. “*El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes*”<sup>26</sup>.

**42.** El artículo establece que el acuerdo debe constar por escrito, o verbalmente con confirmación escrita. También considera la posibilidad de determinar la forma en función de los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o, en el ámbito del comercio internacional, en una forma habitual a los usos que las partes conozcan o deban conocer. Añade que se considerará por escrito “*toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*”.

**43.** De lo hasta aquí dicho se puede apreciar que es un pacto cuya naturaleza radica también en la autonomía de la voluntad, pues depende de las partes su concierto. Asimismo, también exige que se celebre por escrito, pero añade dos formas más que la norma arbitral no contempla y son una forma que se ajuste a los hábitos de las partes y cualquier otra que sea habitual en el ámbito del comercio internacional. Se proponen así dos posibilidades más para determinar la validez que no se consideran en el art. II.2 CNY.

**44.** Además, el art. 25.5 RBI- bis indica que el acuerdo atributivo que forme parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente y su validez no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato. Al igual que ocurría con la cláusula arbitral y el principio de autonomía o separabilidad, se considera el acuerdo atributivo como un acuerdo independiente del contrato principal. El RBI- bis no añade nada distinto al CNY, pues ambas ofrecen el mismo tratamiento a los acuerdos celebrados por las partes.

**45.** Finalmente, el art. 25.1 RBI- bis expone que si las partes han acordado que un determinado órgano jurisdiccional de un Estado miembro será el competente para conocer del posible litigio que pueda surgir, éste será competente “*a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro*”. Si bien no emplea los mismos términos, lo cierto es que somete la validez del acuerdo a su estudio en función de la ley del Estado al que pertenece el tribunal elegido por las partes.

---

<sup>26</sup> A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “*Derecho Internacional Privado. Volumen I*”. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014. Pág 218.

46. Esta remisión incluye también los principios de arbitrabilidad y orden público del Estado cuyos tribunales serán ahora competentes. Pero además a las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro<sup>27</sup>. Debido a lo anterior, la lupa bajo la cual será analizado el acuerdo atributivo implica más factores a tener en cuenta que la que examina la cláusula arbitral.

47. En base a todo lo anterior se puede afirmar que ambas normativas son en esencia muy similares. Ambas parten de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, el RBI- bis permite dos formas añadidas a la forma escrita. Por su parte, el CNY sólo ofrece dos opciones para negar el reconocimiento, que no anular la cláusula, lo cual limita el abanico de posibilidades que un Estado puede alegar para no reconocer la cláusula como válida, mientras que el RBI- bis permite al juez acudir a toda la ley material del Estado cuyos tribunales han adquirido competencia.

48. No obstante, hay una gran diferencia entre una y otra regulación y es el hecho de que se puede elegir la ley aplicable a la cláusula, es decir, la ley que se aplica al contrato en cuya virtud se someten las partes a la decisión de un arbitraje, la cual puede ser distinta de la ley aplicable al procedimiento y al fondo; pero no la ley aplicable al acuerdo atributivo. Tal y como dicen A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *“Aunque el acuerdo atributivo de competencia es un “contrato”, las partes no pueden elegir la Ley aplicable a dicho contrato. El art. 25 RB-I bis impone, imperativamente, la aplicación del Derecho material del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes. Como escribe J.-P. BERAUDO, la cláusula de elección de tribunal es autónoma (= separable) respecto del contrato en el que se inserta, pero las partes carecen de autonomía de voluntad conflictual para señalar la Ley aplicable a la validez material de dicha cláusula: autonomía sin autonomía.”*<sup>28</sup>. Por su parte, en la cláusula arbitral, las partes puede elegir la ley aplicable al propio convenio.

49. Esto se debe a que el tribunal está sometido a los poderes del Estado y es ante éste que tiene que responder, por eso necesita la ley material nacional para comprobar que se le ha atribuido correctamente la competencia para conocer y que ese acuerdo de sumisión no vulnera ninguno de sus principios, como seguridad jurídica, orden público, etc. Por contra, el arbitraje es un órgano “anacional”, se dice que está desligado de cualquier ordenamiento jurídico, no tiene que responder ante nadie, únicamente ante las partes, por lo que son ellas las que establecen cómo darle la competencia y él, en base a esas directrices dadas, va a confirmar que se ha hecho correctamente. Así pues, el tribunal está incardinado en un sistema estatal y debe velar por proteger sus intereses, por eso es esa ley quien le dará las pautas a seguir para verificar que el acuerdo atributivo es correcto; en cambio, el arbitraje es independiente, no está sometido a ningún ordenamiento jurídico, por lo que son las propias partes las que van a regular todos los aspectos, incluida la ley aplicable a la cláusula arbitral.

## VI. Conclusiones

50. La fuerte tendencia de los tribunales por “nacionalizar” asuntos que son obviamente internacionales ha quedado más que patente en el supuesto tratado. El hecho de que la AP se empeñe en aplicar la legislación y jurisprudencia española a un supuesto con un claro elemento extranjero pone de manifiesto el poco conocimiento que se tiene por parte de los tribunales españoles de los instrumentos internacionales con los que cuenta España, a pesar de haber sido ratificados, o del DIPriv. en general. Esto puede deberse, pero no justificarse, en el temor de incurrir en una situación de inseguridad jurídica. Puesto que los tribunales no saben qué ley han de aplicar, ni los resultados que ello puede conllevar, se muestran reacios a la remisión al Derecho extranjero. Igualmente, es probable que recelen por si su apli-

<sup>27</sup> A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *“Derecho Internacional Privado. Volumen I”*. Decimoquinta edición. Ed. Comares. 2014. Pág. 229

<sup>28</sup> A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *“Derecho Internacional Privado. Volumen I”*. Decimoquinta edición. Ed. Comares. 2014. Pág. 230

cación conlleva a la vulneración del orden público español. Del supuesto estudiado se pueden extraer varias reflexiones.

**Primero.** La precisión lingüística y terminológica es el sello de identidad del buen jurista. Sin embargo, la AP parece confusa en tanto utiliza de forma indistinta los términos “cláusula arbitral” y “convenio arbitral”. El legislador, nacional e internacional, decidió incluir ambos conceptos en la definición de qué se entiende por convenio arbitral y la doctrina ha terminado de perfilarlos. No es lo mismo una cláusula arbitral de corte genérico inserta en un contrato de otro tipo, que un contrato de arbitraje en el que se especifiquen todos los aspectos a tener en cuenta (ley aplicable al fondo, al convenio, al procedimiento, de la sede...). Hablar de uno u otro refleja aspectos muy distintos y su confusión pone de manifiesto el poco estudio que se ha realizado sobre el tema.

**Segundo.** La cuestión de la ley aplicable al convenio arbitral y al fondo es la gran asignatura pendiente del tribunal español. En el caso estudiado se dictamina que la ley aplicable para determinar la validez de la cláusula arbitral es la normativa eslovena. A pesar de ello, la AP insiste en aplicar la legislación española. Una vez que los instrumentos legales correspondientes han determinado una legislación extranjera como la ley aplicable, no interesa lo que tenga que decir la normativa estatal del tribunal para decidir el asunto. Si la ley aplicable contempla una solución o una vía distinta o no prevista en la contenida por la ley del tribunal que resuelve, no importa, no surge un conflicto de leyes. La ley aplicable es la ley extranjera y es a ella a la que hay que acudir para resolver. No hay dos leyes aplicables, sólo una. Sin embargo, este principio básico en DIPriv. parece difícil de asimilar por el tribunal, pues se muestra reacio a aplicar leyes que no sean las suyas. Todo lo que haya fuera de sus fronteras legislativas no existe. Esta insistencia por mantener todos los asuntos dentro del territorio nacional es peligrosa y arriesgada. Si un caso presenta elementos extranjeros, hay que acudir y aplicar las normas correspondientes para darle la mejor solución posible. Si se dictamina que un litigio tiene los vínculos más estrechos con otro Estado y, por tanto, es esa legislación la aplicable, forzar la situación y aplicar las normas españolas conlleva una situación de indefensión para las partes. Si la legislación aplicable es la eslovena, es ésta la ley que debe aplicarse. No se trata de resolver como lo haría un tribunal español, sino como lo haría un tribunal esloveno. De no hacerlo, la solución no será correcta, pues pueden existir elementos o figuras jurídicas que la ley española no permite pero la eslovena sí, y obviarlas pone de manifiesto una grave deficiencia en el fallo.

**Tercero.** Es deber del tribunal pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones que han sido planteadas por las partes. La omisión de pronunciamiento o motivación de alguna cuestión podría conllevar la vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Pero, aunque eso sea uno de los principios rectores del Derecho español, no es obstáculo para que la AP haga caso omiso a la alegación sobre la posible vulneración de la tutela judicial sufrida por una de las partes.

**Cuarto.** Aunque la resolución contenida en el fallo del auto haya sido acertada, esto no se debe al estudio de la normativa aplicable que la AP ha llevado a cabo. Se debe a que ambas leyes de arbitraje, española y eslovena en este caso, han tomado como modelo los convenios internacionales tratados en este comentario, dando lugar a un falso conflicto de leyes. Es decir, la aplicación de una u otra ley no conllevará resultados materialmente distintos, puesto que ambas se han basado en los mismos convenios para establecer su regulación. Se podría decir incluso que la buena resolución no es más que un hecho fortuito, pues de contener ambas leyes normas radicalmente distintas, la solución a la que habría llegado el tribunal también habría sido diferente. El tribunal parece tener miedo de aplicar cualquier ley extranjera y opta por constreñir el caso a la ley española, incluso cuando él mismo ha concluido que se trata de un supuesto con elementos internacionales. Esto pone de manifiesto el desconocimiento que se tiene del DIPriv., el cual se ve como algo lejano, borroso y problemático, pues supone aplicar leyes que no son las propias. En general, la argumentación realizada por la AP deja bastante que desear, ya que es incapaz de interpretar correctamente incluso la propia normativa española.

# IMPOSIBILIDAD DE PRIVAR DE POTESTAD PARENTAL A LOS PADRES BIOLÓGICOS EN VIRTUD DE UNA “KAFALA” EN ESPAÑA (SAP BARCELONA 11 JUNIO 2020)

## ARGELIAN MINOR SUBJECT TO A KAFALA. IMPOSSIBLE DEPRIVATION OF PARENTAL RIGHTS IN SPAIN (THE COURT OF APPEAL OF BARCELONA OF 11 JUNE OF 2020)

XABIER ORBEGOZO MIGUEL

*Profesor asociado doctor de Derecho internacional privado*  
*Universidad Pública de Navarra*  
ORCID ID: 0000-0002-9697-6467

Recibido: 11.11.2020 / Aceptado: 27.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6009>

**Resumen:** La sentencia objeto del presente comentario aborda la posibilidad de desposeer de la potestad parental a los progenitores de una menor argelina en virtud de una *kafala* otorgada en dicho país en favor de su tía, con la que reside de manera regular en España. La *kafil*, tía de la menor, recurre a la citada institución de Derecho islámico para solicitar, previa privación de las potestades parentales a los progenitores, la tutela de la menor, solicitud que rechaza el tribunal español por no concurrir los requisitos que establece la legislación civil catalana para la constitución de esta figura.

**Palabras clave:** *kafala* islámica, tutela, reagrupación familiar, Derecho internacional privado.

**Abstract:** In the commented sentence the Spanish court tackles de issue of an Argelian minor subject to a *kafala* in favor of her aunt, legal resident in Spain. The claimant –and *kafil*– seeks the deprivation of parental rights of the parents -who live in Argelia- thus becoming “guardian”-“tutora” according to the Spanish legislation- of her niece. The Spanish court rejects the arguments of the claimant since the case lacks the legal requirements -introduced by the family law provisions of the Catalanian civil code- to consider setting up this “guardianship”.

**Keywords:** *kafala*, guardianship, family reunification, Private International Law.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho y decisión de instancia. II. El concepto de *kafala* y potestad parental. III. Modalidades de *kafala*. IV. *Kafala* y tutela. V. *Kafala* y adopción. VI. *Kafala* y la reagrupación familiar – a propósito de la STJUE de 26 de marzo de 2019.

### I. Antecedentes de hecho y decisión de instancia

1. Nos encontramos con un caso en el que una menor de nacionalidad argelina reside en España con su tía, de la misma nacionalidad, que ostenta la condición de *kafil* (titular de la *kafala*) sobre dicha menor (*makful*). La *kafala* fue otorgada por los progenitores ante notario en Argelia el 22 de noviembre de 2017 y sirvió a la menor para obtener el visado necesario para residir con su tía en España.

2. La tía de la menor pretende, previa privación de la potestad parental de los padres, instituirse como tutora legal de la menor en virtud de la *kafala* reconocida en su país de origen. Reconocimiento

que se produce a través de acta notarial, con las consecuencias a las que nos referiremos en los siguientes párrafos.

3. En este contexto, la resolución de instancia, priorizando siempre el bienestar de la menor, estima parcialmente la demanda y acuerda suspender -no suprimir- la potestad parental de los progenitores atribuyendo la guarda de hecho -no la tutela- a la demandante, añadiendo además que esta guarda de hecho contará con “funciones tutelares”. Esto, que en la práctica le permiten actuar en representación de la menor sin autorización de los padres biológicos, no colma sin embargo las aspiraciones de la actora.

4. La decisión, en todo caso, es adoptada entendiendo que la estabilidad personal necesaria de la menor en España se garantiza con el recurso a la figura de la guarda de hecho en las condiciones citadas. Estas condiciones de guarda de hecho con atribuciones especiales que, a efectos prácticos, suponen la asunción de facultades tutelares, no satisfacen sin embargo a la demandante que recurre para obtener la privación definitiva de las potestades parentales de los progenitores y la asunción de una genuina posición tutelar. Para ello, como veremos, alega que de facto ella es la que se está haciendo cargo de la menor que, además, no tiene contacto con sus progenitores desde hace más de seis meses.

5. Las cuestiones subyacentes en el presente caso por tanto se centran en determinar la extensión y los límites de la figura de la *kafala* en Derecho español y sus analogías con tutela o guarda de hecho, además de la posibilidad de privar, a través de esta institución de Derecho islámico, de la potestad parental a los progenitores cuando estos en ningún caso desatienden sus deberes parentales al otorgar la *kafala*, más bien todo lo contrario, puesto que puede entenderse que parecen buscar una mejor situación y calidad de vida para su hija.

## II. El concepto de *kafala* y potestad parental

6. La *kafala* de Derecho islámico sobre la que pivota el procedimiento es una institución sin encaje directo en Derecho español muy vinculada a una concepción no solo jurídica sino también religiosa<sup>1</sup> de la familia regulada por los diferentes ordenamientos regidos por Derecho islámico de manera, en términos generales, equiparable, aunque no exentas de diferencias. A modo de ejemplo<sup>2</sup>, la *kafala* marroquí admitirá en determinados supuestos la *kafala* internacional, mientras que otros ordenamientos como el argelino -que nos ocupa en el presente comentario-, jordano o sirio exigen que el *kafil* ostente nacionalidad del mismo Estado.

7. Se trata en todo caso de una figura nada desconocida para el Derecho internacional privado y que ha sido recogida en textos de gran repercusión internacional como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 -art. 20.3- o el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños<sup>3</sup> que reconoce en sus artículos 3 y 33 la *kafala* como medida de protección de menores.

8. En el caso objeto del presente comentario la principal reivindicación de la tía de la menor -y *kafil*- en sede judicial se centra en desposeer a los progenitores de las potestades parentales sobre la menor. Afirma la Audiencia, aludiendo a su propia doctrina y aportando una delimitación de la figura que se

<sup>1</sup> Sobre este particular, de manera monográfica: M. CHARFI, “L’influence de la religion dans le Droit international privé des pays musulmans”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 203, 1987, pp. 321-454; M<sup>a</sup>. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas*, n<sup>o</sup> 6 (enero-abril de 2001), pp. 6 ss.

<sup>2</sup> M<sup>a</sup>. P. DIAGO DIAGO, “La *kafala* islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, Vol. 2, n<sup>o</sup> 1, pp. 140-164, p. 142.

<sup>3</sup> Firmado por España el 1 de abril de 2003. Instrumento de ratificación BOE n<sup>o</sup> 291 de 2 de diciembre de 2010.

pretende reconocer, que lo que solicita la recurrente -que en puridad pretende convertirse en una suerte de adopción de hecho- no puede estar amparado a través del simple reconocimiento de la *kafala*, cuyas limitaciones han sido ampliamente desarrolladas jurisprudencial y doctrinalmente en nuestro país<sup>4</sup>. Corresponde por tanto detenernos en ofrecer una visión general de las características fundamentales de esta figura en origen.

9. En alusión a los criterios para su reconocimiento en España expresados por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 15 de julio de 2006, esta institución extranjera es equiparable a lo que el ordenamiento español reconoce como “acogimiento familiar”, “no creando vínculos de filiación entre los *kafils* “ -o persona que asume la “kafala” del menor- y este último”<sup>5</sup>.

10. Asimismo, el Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona<sup>6</sup> la ha definido en los siguientes términos: “la «kafala» constituye, con arreglo al Derecho argelino, el compromiso de un adulto, por un lado, de hacerse cargo del cuidado, la educación y la protección de los menores, de igual forma que lo harían los progenitores y, por otro, de ejercer la tutela legal sobre dichos menores. A diferencia de la adopción, que está prohibida por el Derecho argelino, el acogimiento en régimen de “kafala” no confiere a los menores la condición de herederos de los tutores. Por otra parte, la “kafala” concluye con la mayoría de edad de los menores y puede revocarse a solicitud de los padres biológicos o de los tutores legales.”

11. Estas obligaciones son descritas en términos similares en la propia sentencia de la AP a la que se refiere el presente comentario, se concretan en “velar por él (el menor), tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio -acogimiento familiar simple-, bien con carácter permanente -acogimiento familiar permanente-, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres.” Esta es una tesis ampliamente respaldada por la doctrina española<sup>7</sup>.

12. De lo antedicho cabe destacar además una cuestión a tener en cuenta derivada de la estrecha relación entre Derecho positivo y religión en ordenamientos de Derecho islámico como el que nos ocupa. Indicábamos la obligación de educar y formar al menor. No es esta sin embargo una obligación en abstracto, sino que, como indica la doctrina se garantizarse que el menor es educado de acuerdo con los postulados de la fe musulmana. Esta no es, en absoluto, una condición menor, por cuanto que condicionará de manera efectiva la concesión de la *kafala*<sup>8</sup> a nacionales del propio Estado en ordenamientos como el argelino.

<sup>4</sup> Vid., entre muchos otros, M. GUZMÁN ZAPATER, “Kafala y Derecho español tras la reforma de la Ley 54/2007. A propósito del auto AP de León de 27 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, nº 2, pp. 1036-1043; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La kafala del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Rapid Centro, Murcia, 2019, pp. 475- 488; I. JUÁREZ PÉREZ, “La “kafala” islámica como institución de protección, interpretación y prácticas españolas” en Cebrián Salvat, M. A. (dir.) y I. LORENTE MARTÍNEZ (dir.), *Protección de menores y derecho internacional privado*, Comares, 2019; N. MARCHAL ESCALONA, “La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 3, 2013.

<sup>5</sup> SAP comentada – Fundamento de Derecho primero y respaldada ampliamente por la doctrina: M. GUZMÁN ZAPATER, “Kafala y Derecho español...”, op. cit., p. 1037.

<sup>6</sup> Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 26 de febrero de 2019(1), Asunto C-129/18, *SM contra Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, puntos 36 y 38.

<sup>7</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007*, de 28 de diciembre 2008, pp. 309-316.

<sup>8</sup> En Derecho marroquí, por ejemplo, la concesión de esta cuando los solicitantes sean extranjeros estaba condicionada a la residencia de estos en territorio marroquí, descartándose por tanto la concesión de *kafalas* internacional en virtud de la circular nº 40 S/2 Ministerio de Justicia y Libertad marroquí emitiera, de septiembre de 2012. Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La kafala marroquí...”, op. cit., p.2. Sin embargo, otros autores entienden que esta posibilidad estaría contemplada siempre que los *kafiles* profesen la religión musulmana, en los artículos 24 y 9 del Dahir nº1/02/172, de 13 de julio de 2002, vid. M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de kafala y ley nacional del adoptando”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2018, vol. 10, nº 2, pp. 931-946, p. 932.

13. Asimismo, en coherencia con la lógica de estos sistemas jurídicos de Derecho islámico, como hemos citado, la adopción está prohibida en la mayoría de estos Estados<sup>9</sup>, a excepción de Turquía, Túnez e Indonesia<sup>10</sup>, cuestión sobre la que volveremos someramente en el presente comentario.

### III. Modalidades de *kafala*

14. Así las cosas, para producirse la privación de derechos a los padres pretendida por la demandante -que como hemos visto ni siquiera se produce en los países de origen en virtud de la *kafala*- de acuerdo con el Derecho civil foral de aplicación<sup>11</sup> debe constatarse el incumplimiento por parte de estos de sus deberes parentales, circunstancias que, aparentemente, no concurren en el presente caso. No se trata en apariencia de una situación de desamparo o equiparable.

15. En este punto deviene relevante la distinción entre las dos diferentes formas de *kafala* que podemos encontrar en los ordenamientos islámicos. En el caso objeto del presente comentario nos encontramos ante una “*kafala* notarial” o voluntaria, pero no es este el único modo de constitución de la misma, dado que existen también *kafalas* decretadas judicialmente en determinados supuestos.

16. En primer lugar, conviene subrayar que la *kafala* notarialmente constituida no se entiende como una suerte de “sanción” a los progenitores por incumplimiento de sus deberes, sino que se trata de una institución basada en la pura y simple voluntad de los progenitores de delegar en otra persona -a menudo un miembro de la misma familia- las funciones parentales de las que son titulares. Se trata, por tanto, de un pacto de naturaleza privada entre los progenitores y los titulares de la *kafala* a través de cual debe entenderse una voluntad de los primeros de ofrecer a su hijo o hija unas mejores condiciones de vida.

17. La intervención del notario será, en todo caso, potestativa y relevante fundamentalmente para el reconocimiento internacional de la institución, si bien no es requisito indispensable para dotar de efectividad al pacto<sup>12</sup>.

18. Sin embargo, existen también *kafalas* constituidas judicialmente para casos de abandono. En este caso nos estamos refiriendo a situaciones de orfandad, abandono por parte de la madre o cuando la identidad de los progenitores sea desconocida.

<sup>9</sup> Prohibición derivada de los versos 5, 37 y 38 de la “Azora de los Partidos” y de ahí incorporada en las diferentes legislaciones, como el artículo 149 del código de familia marroquí. Vid. M<sup>a</sup>. P. DIAGO DIAGO, “La *kafala*...”, op. cit., p. 143.

<sup>10</sup> Las excepciones serían Turquía, Túnez e Indonesia, vid. M. J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción...”, op. cit., p. 932.

<sup>11</sup> Art. 236.6 de Codi Civil de Catalunya (subrayado por el autor).

“1. Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por **incumplimiento grave o reiterado de sus deberes**. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista.

2. Existe causa de privación de la potestad parental sobre el menor desamparado si los progenitores, sin un motivo suficiente que lo justifique, no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses.

3. La privación de la potestad parental debe decretarse en un proceso civil o penal y es efectiva desde que la sentencia deviene firme, sin perjuicio de que pueda acordarse cautelarmente suspender su ejercicio.

4. Están legitimadas para solicitar la privación de la potestad parental las personas a que se refiere el artículo 236-3.2 y, en el caso de los menores desamparados, la entidad pública competente.

5. Si se ha solicitado en la demanda, puede constituirse la tutela ordinaria en el propio procedimiento de privación de potestad parental, previa audiencia de las personas legalmente obligadas a promover su constitución.

6. La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio.”

<sup>12</sup> Pacto que a menudo es concluido entre las partes implicadas de manera privada y sin declaración judicial ni notarial: N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala* marroquí...”, op. cit., p. 6.

#### IV. *Kafala* y tutela

19. En los párrafos anteriores hemos constatado, así lo hace la resolución a la que se refiere el presente comentario, la imposibilidad de privar de la potestad parental a los progenitores en virtud de la constitución en otro Estado de una *kafala*, si no concurren las condiciones que para adoptar dichas medidas contempla la legislación española -en este caso la legislación civil catalana-.

20. Sobre esta base, aclarada esta primera cuestión, debemos analizar la figura a la que recurre la demandante para suplir la potestad parental de la que pretende privar a los progenitores. Concretamente, la tía de la menor -y demandante- solicita la tutela realizando una suerte de equiparación de la misma con la institución de origen.

21. En este caso la norma de referencia -art. 222 del Codi Civil de Catalunya- es clara al entenderse que la tutela se instituye sobre menores no emancipados “que no estén en potestad parental” o aquellos que se encuentren incapacitados. Como venimos argumentando, no concurre el supuesto habilitante de la privación de potestad parental en este caso, lo que cierra la puerta a la institución de tutela sobre la menor.

22. Nos encontraríamos en un escenario diferentes en caso de que la *kafala* hubiese sido constituida judicialmente en supuestos, por ejemplo, de orfandad de la menor. Así, la Dirección General de Inmigración<sup>13</sup> -actualmente Dirección General de Migraciones- distingue entre las aludidas modalidades de *kafala*, indicando que las *kafalas* judiciales constituidas en casos de menores huérfanos o desamparados quedarían cubiertas según dicha instrucción por una institución equiparable a la tutela -a efectos de visado, otorgándole carácter permanente-, mientras que la que nos ocupa, la otorgada como mero pacto entre progenitores y *kafil* no tendría en ningún caso esta consideración tutelar.

23. En el caso objeto del presente comentario la única vía posible para la constitución de la tutela pasaría por el reconocimiento de los progenitores de la existencia de alguno de los supuestos aludidos por la legislación catalana, hecho que en el presente procedimiento no se produce por hallarse los mismos en rebeldía.

#### V. *Kafala* y adopción

24. Aunque en el caso comentado no se suscite la cuestión, la doctrina española<sup>14</sup> se ha pronunciado sobre la relación entre la *kafala* islámica y la adopción recogida en ordenamientos como el español por ser figuras que, indudablemente, muestran algunas similitudes.

25. Como hemos defendido en párrafos anteriores, la figura de la adopción, de evidente arraigo en ordenamientos jurídicos de tradición europea, se encuentra restringida en la mayoría de los ordenamientos de tradición islámica.

26. Aunque excede de las pretensiones del presente comentario, cabe indicar que la figura de la *kafala* ha sido utilizada como paso previo a una adopción internacional, pretendiendo la conversión de la primera en una genuina adopción en Estados que la contemplan en sus ordenamientos. Con todo, se trata de una posibilidad que se ha topado con numerosas trabas en la jurisprudencia internacional.

<sup>13</sup> Instrucción de la DGI dictada el 27 de septiembre de 2007 (DGI/SGRJ/07/2007).

<sup>14</sup> M. J., SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de *kafala* y ley nacional del adoptando”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2018, vol. 10, nº 2, pp. 931-946; M. GUZMÁN ZAPATER, “*Kafala* y Derecho español...”, op. cit.

Sendas resoluciones del TEDH<sup>15</sup> o del TJUE<sup>16</sup> -a la que nos referiremos a continuación- limitan este tipo de prácticas redundando en la idea de que la *kafala* no crea vínculo de filiación.

27. En este contexto, y en atención a la comentada aversión de los ordenamientos de tradición islámica a aceptar adopciones que no contengan los condicionantes comentados de la *kafala*, ordenamientos como el español adoptaron, dentro de la Ley de Adopción Internacional, preceptos como el contenido en el artículo 19.4 que prohíbe expresamente las adopciones de menores cuya ley nacional “prohíba o no contemple la adopción”, salvo aquellos supuestos en los que el menor “se encuentre en situación de desamparo”.

28. Por tanto, las alternativas de aquellos que se postulan como adoptantes vienen recogidas en la Ley 54/2007 de adopción internacional que ofrece una doble vía para este tipo de adopciones. El reconocimiento de la adopción en el Estado de origen -artículo 34- o la formalización de una adopción en España.

29. Se trata, en todo caso, de un proceso complejo por cuanto que el artículo 19.4 de la citada ley establece la comentada limitación -al impedir las adopciones prohibidas o no contempladas por la ley nacional del adoptado-. Limitación que, en su caso, puede ser soslayada -19.4<sup>17</sup>- “cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por Entidad Pública”. Así, la evaluación deberá ser abordada atendiendo a la casuística concreta de los diferentes supuestos que se presenten ante los tribunales<sup>18</sup>.

## VI. *Kafala* y la reagrupación familiar – a propósito de la STJUE de 26 de marzo de 2019 (As. C-129/18, SM y Entry Clearance Officer, UK Visa Section)

30. Finalmente, entre las numerosas cuestiones que requieren desarrollo en la resolución comentada, quizá una de las más atractivas desde el prisma del Derecho internacional pasaría por la posibilidad de obtención de visados por reagrupación familiar en virtud de figuras como la que es objeto de estudio en este comentario.

31. Nos encontramos ante una cuestión que ha generado cierta controversia por cuanto que se ha puesto sobre la mesa si el propio recurso a esta figura de Derecho islámico ha sido utilizado no tanto como institución de protección de la menor sino para facilitar, de manera fraudulenta, la migración de menores a Estados con una situación socioeconómica mejor que sus países de origen<sup>19</sup>, constituyendo lo que han sido denominadas “*kafalas* en blanco”<sup>20</sup>.

32. En el supuesto objeto del presente comentario la *kafala* sirve a la tía de la menor, y *kafil*, para acoger en España a su sobrina en virtud de la figura de la reagrupación familiar a la que nos referiremos a continuación.

33. Aunque se trate de manera somera en la resolución comentada y no sea objeto de controversia en la misma, alude el Tribunal a la obtención del visado por parte de la menor que en este caso

<sup>15</sup> STEDH 4 octubre 2012, recurso nº 43631/2009, Harroudj c. Francia.

<sup>16</sup> STJUE 26 marzo 2019, Asunto C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248.

<sup>17</sup> Introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia.

<sup>18</sup> M. J., SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España..”, op. cit.

<sup>19</sup> Sobre este particular: S. ADROHER BIOSCA, “La *kafala* islámica, ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria?”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, Nº 45, 2017, pp. 203-220; N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala* marroquí...”, op. cit., p. 13; M. VIDAL GALLARDO, “La *kafala* del Derecho islámico como instrumento de protección del menor”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, nº 4.

<sup>20</sup> A. QUIÑONEZ ESCÁMEZ, “Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL, 2009, p.189.

es sobrina de la *kafil*, pero no sería “*descendiente directo*” a efectos del artículo 2.2.c de la Directiva 2004/38<sup>21</sup>.

**34.** Sobre este particular, la relativamente reciente STJUE de 26 de marzo de 2019<sup>22</sup> confirma la posibilidad de “facilitar la entrada y residencia de dicha menor como «otro miembro de la familia» de un ciudadano de la Unión”<sup>23</sup>. En el caso objeto del presente comentario dada la válida constitución de la *kafala* en origen parece que la posibilidad de entrada y residencia en territorio europeo -no cuestionada en la sentencia- quedaría suficientemente respaldada.

**35.** Esta concepción de la reagrupación familiar en supuestos de *kafala* se aparta de la interpretación que tradicionalmente se hacía en España de esta posibilidad. Concretamente, la DGI en su Instrucción de 17 de enero de 2008<sup>24</sup>, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal, ordenaba denegar el visado por reagrupación familiar si existieran progenitores vivos que ostentaran la patria potestad -sin mediar desamparo- del menor sometido a *kafala*, esta sería una tesis con reflejo además en la jurisprudencia española<sup>25</sup>.

---

<sup>21</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) no 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.

<sup>22</sup> STJUE 26 marzo 2019, Asunto C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248.

<sup>23</sup> Sobre las cuestiones tratadas en la STJUE referida en la cita precedente, vid. M.J. SÁNCHEZ CANO, “La aplicación de la Directiva 2004/38CE en supuestos de *kafala* internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 713-727, - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5217> o N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales del menor, de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, nº 71, 2019.

<sup>24</sup> Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 de 17 de enero de 2008.

<sup>25</sup> STJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2008.

# AVERIGUACION DE DOMICILIO EN EL EXTRANJERO: COMENTARIO AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA, DE 17 DE JUNIO DE 2020

## RESEARCH OF ADDRESS ABROAD: COMMENTARY TO THE JUDICIAL DECREE OF THE PROVINCIAL COURT OF CORDOBA, OF 17TH JUNE 2020

GLORIA PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO

*Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

*Miembro de la Red Española Europea de expertos en Derecho Internacional Privado*

Recibido: 19.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6010>

**Resumen:** Todo procedimiento judicial debe necesariamente iniciarse con la notificación de este a la parte contraria, lo que en ocasiones puede ser un problema de compleja resolución si se desconoce el domicilio del demandado o este es incorrecto, pues es necesario salvaguardar tanto el derecho de defensa como el derecho a una tutela judicial efectiva. En procesos transfronterizos esta situación puede agravarse ante la falta de instrumentos de los órganos judiciales del Estado de origen. El presente comentario analiza los mecanismos judiciales para la averiguación del domicilio en casos internacionales, con base en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Córdoba ante la omisión, por parte del Tribunal de instancia, de llevarlos a cabo y acodar el archivo del procedimiento.

**Palabras clave:** Reglamento (CE) 1393/2007, Reglamento (CE) 1206/2001, notificación resoluciones judiciales, averiguación de domicilio, cooperación judicial internacional en materia civil.

**Abstract:** All legal proceedings must by necessity begin with the notification of the opposing party, which can sometimes be a complex problem to resolve if the defendant's domicile is unknown or is incorrect, since it is necessary to safeguard both the right to defence and the right to effective judicial protection. In cross-border proceedings, this situation may be aggravated by the lack of legal instruments of the judicial bodies of the state of origin. This essay analyzes the judicial mechanisms for the investigation of domicile in international cases, based on the order issued by the Provincial Court of Córdoba due to the omission, on the part of a lower court, to execute such mechanisms and agree to annul the procedure.

**Keywords:** Regulation (EC) 1393/2007, Regulation (EC) 1206/2001, notification of judicial documents, address enquiries, international judicial cooperation in civil matters.

**Sumario:** I Introducción. 1. Los datos. ¿Dónde nos encontramos? 2.- ¿A qué nos enfrentamos? II. Notificación en el extranjero a persona demandada. 1. ¿Cómo hemos llegado a esto? 2. Instrumentos legales internacionales para la notificación (actos de comunicación) A) En el ámbito de la Unión Europea B) En el ámbito extraeuropeo C) En el resto del mundo D) ¿Qué obligación y hasta donde llegan los límites del país receptor a la hora de practicar la notificación o el traslado? 3.- Instrumentos legales internacionales para la obtención de prueba A) En el ámbito de la Unión Europea B) En el ámbito extraeuropeo C) En el resto del mundo. 4. Instrumentos legales en el derecho internacional privado español para la notificación para la obtención de prueba. III. ¿Qué pudo hacer el juzgado de instancia y no hizo? IV. Conclusiones finales.

## I. Introducción

### 1. Los datos. ¿Dónde nos encontramos?

1. El objeto del presente comentario parte del Auto dictado por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, de 17 Junio 2020<sup>1</sup> por el que se estima uno de los tres motivos del recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 10 de Córdoba, de 23 Octubre 2019, mediante el cual se había acordado el archivo del procedimiento “*por ilocalización del deudor*”. El Auto de la Audiencia de Córdoba acoge el argumento de apelación del recurrente en cuanto a que el juzgado de primera instancia, teniendo la obligación de hacerlo, no practicó todas las diligencias que le impone el artículo 161.4 último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la remisión que hace al artículo 156 de la misma norma, y procedió sin embargo a dictar auto de archivo del procedimiento, privando a la parte demandante de su derecho a una tutela judicial efectiva.

2. Sin embargo, y esto será fundamental a efectos de la aplicabilidad del Reglamento (CE) 1393/2007 de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil o del Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, no nos situamos en el supuesto del artículo 156 de la Ley de enjuiciamiento civil, es decir, cuando el demandante desde el mismo origen de la demanda, indica que le es imposible indicar un domicilio (domicilio desconocido), sino en el supuesto del artículo 161.4, último párrafo de la misma norma legal, esto es, cuando intentada la notificación en el domicilio o lugar de trabajo indicado por el demandante, el demandado no residiera o trabajara allí y, una vez consultadas personas allí encontradas, bien por el letrado de la Administración de Justicia, funcionario o procurador, estas no hubieran podido facilitar ningún otro domicilio. El artículo 161.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos remite entonces a su artículo 156, luego su aplicación será igualmente imperativa, pero la particularidad de no partir de un domicilio desconocido será clave, como decía, para poder aplicar los mencionados instrumentos legales, dado que en su artículo 1.2 recoge “*el presente Reglamento no se aplicará cuando el domicilio de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido*”.

### 2. ¿A qué nos enfrentamos?

3. La “*ilocalización del demandado*” por la que el juzgado de primera instancia número Diez de Córdoba archiva el procedimiento es, sin duda, uno de los problemas que más nos aterran a los abogados cuando, después de horas de trabajo en la preparación de un asunto, nos enfrentamos al inconveniente de la notificación a la otra parte, con lo que eso conlleva de no iniciación del procedimiento, que si de por sí ya se preveía lento, descubrir que el domicilio proporcionado al juzgado para la práctica de la notificación es incorrecto, ha dejado de existir o simplemente el demandado ya no se encuentra allí, puede significar la pérdida del objeto del procedimiento sin ni siquiera haberse iniciado. Si le añadimos un elemento extranjero y que la notificación debe hacerse fuera de España, el desánimo es aún mayor, ante la dificultad que puede entrañar la localización de la nueva residencia del demandado, que pudiera incluso haberse trasladado a otro país. No hay que olvidar que la carga procesal de aportar cuantos datos se conozca del demandado y puedan ser útiles para su localización, recae sobre el demandante, presumiéndose de este, que actúa de buena fe<sup>2</sup>, pero tampoco hay que obviar el mandato del artículo 152

<sup>1</sup> AAP Córdoba 17 Junio 2020 [ECLI:ES:APCO:2020:469A],

<sup>2</sup> A este respecto y por contra, interesante es la reflexión de la STS 287/2017 de 12 de Mayo respecto al existencia d una “*maquinación fraudulenta*” sobre la conducta del actor que pretende impedir o dificultar el emplazamiento al demandado, “*una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar*”

de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>3</sup> que hace responsable al letrado de la administración de la adecuada organización del servicio de los actos de comunicación, esto es, de las notificaciones y traslados de documentos judiciales.

4. Afortunadamente, en el derecho interno de cada Estado miembro, existen mecanismos judiciales para la averiguación del domicilio, pero ¿qué ocurre cuando la notificación debe hacerse fuera de España? ¿tienen las autoridades judiciales del Estado de origen acceso a los registros o servicios del Estado de destino para la averiguación del domicilio donde hay que notificar, o son los órganos judiciales del Estado de destino los que tienen que directamente deben llevar a cabo prácticas para dicha averiguación? ¿Puede el Reglamento (CE) nº 1206/2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, ayudar a ello? Y en materia de averiguación del domicilio ¿puede el Reglamento (CE) 1206/2001 de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil aplicarse? ¿Y qué ocurre fuera del ámbito europeo? ¿Hizo el juzgado de primera instancia nº 10 de Córdoba todo lo posible para la averiguación domiciliaria del demandado y que pudiera, por tanto, iniciarse el procedimiento? Veremos que las respuestas son diferentes dependiendo de en qué escenario territorial nos movamos.

## II. Notificación en el extranjero a persona demandada

### 1. ¿Cómo hemos llegado a esto?

5. Empecemos por el principio. ¿Por qué es tan importante desarrollar un buen mecanismo de notificación, traslado de documentos, tanto judiciales como no judiciales, y práctica de prueba, más allá de los límites de un Estado, y por tanto desarrollar normativas supranacionales que lo faciliten? Porque las personas ya no nos estamos quietas y ese concepto de residir y morir donde se nace, ha quedado caduco. Es el dinamismo frente a la estaticidad. Es la actual globalización, iniciada con los procesos migratorios de la prehistoria y precipitada ya sin límites con la caída del Muro de Berlín en 1989<sup>4</sup>, el colapso de la Unión Soviética y el fin de la guerra fría. Es la libre circulación de las personas.

6. En el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea el 25 de Marzo de 1957 existían disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento, pero fue el Tratado de Maastricht de 7 de Febrero de 1992 el que introdujo el concepto de ciudadanía de la Unión Europea<sup>5</sup>. Así, en la actualidad y en el ámbito europeo, la libre circulación de las personas

---

*que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (...)* <ECLI: ES:TS:2017:1789>. En el mismo sentido, la STS 833/2013 de 19 de diciembre que cataloga como maquinación fraudulenta “*presentar la demanda de desahucio frente al arrendatario, como si éste siguiese viviendo en la vivienda que había sido arrendada, y sin practicar las diligencias necesarias para la averiguación del domicilio, con el fin de lograr una sentencia firme condenatoria, y luego practicar las averiguaciones necesarias para obtener un domicilio en el trámite de ejecución de sentencia*”. <ECLI: ES:TS:2013:6499>

<sup>3</sup> Artículo 152 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2000: “*I. Forma de los actos de comunicación. Respuesta. 1. Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del letrado de la Administración de Justicia, que será el responsable de la adecuada organización del servicio.*”

<sup>4</sup> Para ampliar este aspecto P. CORELLA, Lecturer at Bachelor’s Degree in International Business and Marketing (GNMI) “*La caída del muro de Berlín fue el pistoletazo de salida a la globalización*”. Noviembre 2019, y T. FRIEDMAN ganador del premio Pulitzer tres veces “*The World Is Flat: Breve Historia del Mundo Globalizado del Siglo XXI / A Brief History of the Twenty-first Century*” Farrar, Straus and Giroux Abril 2005.

<sup>5</sup> De conformidad con el artículo 9 del TUE y el artículo 20 del TFUE, será ciudadano de la Unión Europea, toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la cual se deriva de la aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado. La ciudadanía de la Unión complementa la ciudadanía nacional sin sustituirla, y está constituida por un conjunto de derechos y deberes que vienen a sumarse a los derechos y deberes vinculados a la ciudadanía de un Estado miembro. C-135/08 *Janko Rottmann/Freistaat Bayern*.

se garantiza en el Tratado de la Unión Europea (TUE), en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>6</sup>, y en el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>7</sup>.

7. Consecuencia inmediata de la libre circulación de personas es, sin duda, el aumento de esa misma circulación, lo que lleva, entre otras cosas, a un incremento de matrimonios mixtos y familias transfronterizas y, por lo tanto, a la necesidad de reconocimiento de las decisiones judiciales y extrajudiciales extranjeras<sup>8</sup> en materia civil que se han producido en un país y que, junto a la persona y las familias, también empiezan a circular por el mundo, a fin de que desplieguen sus oportunos efectos jurídicos y puedan ser ejecutable, no convirtiéndose en resoluciones claudicantes<sup>9</sup>.

8. Así, la reciente pero ya consolidada jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea garantiza, no sólo el desplazamiento de las personas sino también el reconocimiento de situaciones privadas en el espacio europeo, a través de la creación de instrumentos legales que unifican las normas de conflicto de leyes y el principio de mutuo reconocimiento<sup>10</sup> para con este tipo de decisiones, y lo mismo ocurre respecto al resto de países con los que exista un convenio multilateral o bilateral.

9. Así configurado, el principio de reconocimiento mutuo<sup>11</sup> aunque dado su carácter de excepción esté sujeto a dos condiciones y un límite que habrán de comprobarse y validarse<sup>12</sup> es, por tanto, una pieza crucial para el correcto funcionamiento y desarrollo del sector procesal del Derecho Internacional Privado<sup>13</sup>, es decir, para el reconocimiento y ejecución de las situaciones jurídicas nacidas en un Estado miembro y que por, múltiples motivos, necesitan continuar existiendo y desplegando efectos en otro<sup>14</sup>.

<sup>6</sup> En concreto, en su Título II segunda parte (arts. 18-25), en el Título IV capítulo 1, artículos 45-48 sobre la libre circulación de las personas y en los artículos 49-62 sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicio

<sup>7</sup> E. LÓPEZ-JACISTE. Profesora titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Universidad de Navarra Universidad. *Marco jurídico de la libre circulación de personas en la Unión Europea*. Carlos III de Madrid. 28 y 29 de septiembre 2011

<sup>8</sup> Esto es, la solución proporcionada por una autoridad extranjera que se quiere reconocer en el foro, entendiéndose por tal “*el acto de voluntad de una autoridad pública extranjera que resuelve una cuestión de Derecho internacional privado*” P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, París, 7ª ed., 2001, págs. 241-243; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, París, 1973, recogido por A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Ejecución de resoluciones patrimoniales en la unión europea: el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000* International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional N.º. 3, 2004, págs.363-460.

<sup>9</sup> Cuando hablamos de situaciones claudicantes en el ámbito internacional nos referimos a aquellas situaciones que son válidas en un Estado, pero que pueden no serlo en otros con los que el asunto tiene vínculos relevantes. Véase con carácter general F. CALVO *¿Qué es una situación claudicante en el ámbito internacional?* *Confilegal.com* 30 Abril 2017.

<sup>10</sup> M.D. ORTIZ VIDAL *El principio de mutuo reconocimiento en el ámbito de la UE y los límites a la libre circulación ¿mecanismo conciliador en tiempos revueltos?* Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015), pp. 177-197.

<sup>11</sup> Resolución del Consejo, de 28 de octubre de 1999, sobre el reconocimiento mutuo [Diario Oficial C 141, de fecha 19 mayo 2000].

<sup>12</sup> I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “*Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea*”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2017), Vol. 9, N.º 2, pp. 106-126.

<sup>13</sup> Tras el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el Tratado de Ámsterdam de 1997 ha desaparecido paulatinamente el exequátur al establecerse correlativamente el reconocimiento mutuo en materia civil y mercantil. *Ad. exemplum*, Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE 351, de 20 de diciembre de 2012); Reglamento 4/2009, Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias (DOUE L 7, 10 de enero de 2009); Reglamento 2201/2003, Reglamento (UE) n.º 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 L 201, de 17 de julio 2012).

<sup>14</sup> El modo de funcionamiento de este principio lo explica así el profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “*el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado carta de naturaleza al muy célebre “principio del mutuo reconocimiento de situaciones legales creadas en un Estado miembro en materias de Derecho privado”. Funciona de esta manera: una situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro “de origen” con arreglo a una Ley estatal determinada, debe ser “reconocida” en los demás Estados miembros para que de ese modo no se perjudiquen las libertades de circulación propias de la UE* (STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis*; STJCE 9 marzo 1999; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseerin*; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire*

Consecuentemente, una vez podemos circular libremente y llevar con nosotros las situaciones jurídicas que hayan nacido en nuestro país de origen y hacerlas valer en el país destino, está garantizado sin duda, el derecho y la posibilidad de poder litigar más allá de nuestras fronteras, desafiando de este modo el carácter local de la justicia de antaño. Es a esto a lo que nos enfrentamos, a que nuestra petición de auxilio judicial hecha en Córdoba pueda llegarle sin problemas al demandado cuando este se encuentra en un país distinto al nuestro. Dado que el juzgado nº 10 de Córdoba no hizo todo lo posible para que esto sucediera, la audiencia Provincial le remitió de nuevo el procedimiento “*dejando sin efecto el archivo allí acodado al objeto de que se proceda a la averiguación del domicilio del demandado conforme al artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)*”

## 2. Instrumentos legales internacionales para la notificación (actos de comunicación)

10. Vamos a continuación a analizar con qué instrumentos legales internacionales contaba el juzgado de primera instancia número 10 de Córdoba para la solicitud de notificación de la demanda en el extranjero, así como las obligaciones del país de destino para practicar dicha notificación una vez recibida y aceptada correctamente. No analizaré cada uno de ellos, pudiéndose estudiar ampliamente el tema de las notificaciones y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales al extranjero, así como el de la obtención de prueba en el extranjero, que expondré a continuación, en el extenso y acertado monográfico de Alfonso- Luis Caravaca y Javier Carrascosa González “*Asistencia judicial internacional. Régimen jurídico en derecho internacional privado europeo y español*”<sup>15</sup>.

### A) En el ámbito de la Unión Europea

11. Si la demanda hubiera tenido su destino en el ámbito de la Unión europea, de la que forman parte 28 países, tenemos el Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado entre Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>16</sup>, siendo también de aplicación respecto a Dinamarca, aunque con ciertos matices, por vía del acuerdo bilateral celebrado entre la Unión Europea y este Estado<sup>17</sup>. En la definición de documentos extrajudiciales que da el Reglamento, y según ha ido desarrollando la jurisprudencia del TJUE, se incluyen también los documentos notariales<sup>18</sup>, e incluso los documentos privados cuya transmisión formal al destinatario en el extranjero sea necesaria para el ejercicio efectivo o la salvaguarda de un derecho<sup>19</sup>. Puede ampliarse más sobre los documentos privados en el trabajo de la profesora María Jesús Elvira Benayas<sup>20</sup>.

---

*Art*; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*; STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*; STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein*). *De ese modo, por ejemplo, una sociedad mercantil válidamente creada en Irlanda debe considerarse válida y eficaz en España, aunque las autoridades irlandesas hayan aplicado normas legales distintas a las que habrían aplicado las autoridades españolas.*”

<sup>15</sup> A.L CALVO CARAVACA Catedrático de Dº internacional privado Universidad Carlos III de Madrid y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Catedrático de Dº internacional privado Universidad de Murcia “*Asistencia judicial internacional. Régimen jurídico en derecho internacional privado europeo y español*” [http://www.accursio.com/private/uploads/111\\_ASISTENCIA\\_JUDICIAL\\_INTERNACIONAL\\_2017.pdf](http://www.accursio.com/private/uploads/111_ASISTENCIA_JUDICIAL_INTERNACIONAL_2017.pdf)

<sup>16</sup> Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, (DO L 324, 10 diciembre 2007).

<sup>17</sup> Acuerdo de 19 de Octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y Dinamarca (Decisión del Consejo de 27 de Abril de 2006)

<sup>18</sup> STJUE as.C-14/08 Sala tercera de 25 de Junio de 2009. *Roda Golf & Beach Resort SL* <ECLI:EU:C:2009:395>; RDGRN de 27 de febrero de 2012

<sup>19</sup> STJUE as. C\_223/14 Sala Primera, de 11 de noviembre de 2015. *Tecom Mican, S.L., y José Arias Domínguez*. <ECLI:EU:C:2015:744>.

<sup>20</sup> M.J: ELVIRA BENAYAS Profesora contratada doctora de la Universidad Autónoma de Madrid. “*La notificación en el extranjero de documentos extrajudiciales: los documentos privados*”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 827-835.

12. El Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado entre Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, es de aplicación imperativa y no facultativa, lo que quiere decir que, si el país destino es un Estado miembro, no se puede acudir a las vías de notificación recogidas en las normas nacionales del Estado miembro de origen, ya que el Reglamento impera por encima de estas, aunque la forma de practicar la notificación sigue siendo competencia exclusiva de cada Estado miembro. El canal principal de notificación es entre los organismos judiciales designados por cada país -organismos transmisores y organismos receptores competentes-, existiendo otros canales, siempre con precisiones, como la vía consular o diplomática (artículos 12 y 13), la vía postal directa (artículo 14) o la notificación por parte del interesado a través de funcionarios competentes del Estado de destino (artículo 15). En la referencia indicada a pie de página<sup>21</sup> puede accederse a la web de eur-lex.europa, donde se encuentra alojado el manual que la Comisión elaboró para facilitar el uso de este Reglamento según mandato recogido en su C-19. Mediante un sistema de banderas puede pincharse en cada Estado miembro y se despliega la información referente a cuestiones concretas en ese Estado. Así, puede conocerse los medios de recepción de documentos, los datos de la autoridad central, los idiomas que se aceptan para la transmisión del documento, los plazos del derecho interno para la notificación del documento, las formas de notificación admitidas, los gastos de traslado en su caso e incluso datos bancarios de ingreso, o como actúa la autoridad judicial de cada Estado miembro ante la incomparecencia del demandado (artículo 9). Es esta una forma muy fácil y segura, pues se presupone que la información se mantiene siempre actualizada y es veraz, para conocer muy rápidamente cómo y en qué condiciones debe hacerse la petición de notificación o de traslado de un documento, judicial o extrajudicial. Además, todas las solicitudes se hacen por medio de formularios normalizados contenidos en los anexos del Reglamento para la unificación en todos los Estados miembros, por lo que su conocimiento por parte de los juzgados no debe obviarse. Una vez practicada la notificación o traslado de documento por parte de Estado receptor, este enviará un certificado que así lo acredite al Estado emisor.

13. Este Reglamento se encuentra en la Comisión de Servicios Jurídicos en vías de modificación, con objeto de mejorar la eficiencia y la rapidez de los procedimientos judiciales con implicaciones transfronterizas en materia civil y mercantil, y entre los elementos principales de propuesta de mejora se articula el intercambio digital de documentos, es decir, que toda la comunicación e intercambio de documentos se realice vía electrónica a través de una infraestructura de comunicación y, en lo que atañe a este trabajo que, ante un destinatario sin dirección conocida, “*los Estados miembros estarían obligados a ayudar a localizar el paradero del destinatario*”. Es preciso indicar la aprobación del nuevo Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que será de aplicación en su integridad a partir del 1 de julio 2022.

## B) En el ámbito extraeuropeo

14. Si la demanda hubiera tenido su destino en un ámbito extraeuropeo a alguno de los 83 países que forman parte del Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial<sup>22</sup>, y que sustituye al anterior Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en la Haya el 1 de marzo de 1954, serán las vías allí establecidas las que deben seguirse. El sistema es muy parecido al que establece el

<sup>21</sup> Las normas básicas de funcionamiento de este Reglamento pueden encontrarse en [https://e-justice.europa.eu/content\\_serving\\_documents-373-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents-373-es.do) y el manual práctico de la Comisión UE en DOCE L 125 de 13 de mayo 2002 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2002:125:TOC>

<sup>22</sup> Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965. BOE 203, de 25 de agosto de 1987, páginas 26197 a 26206.

Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado entre Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, solo que la vía principal de remisión de un acto de comunicación es a través de la “*Autoridad Central*” que cada Estado contratante tiene que designar, en lugar de entre los propios organismos judiciales de los distintos Estados miembros. Una vez practicada la notificación se remitirá un certificado al Estado contratante solicitante. En la nota a pie de página<sup>23</sup> puede verse la dirección donde consultar todas las autoridades centrales de cada Estado contratante, con inclusión el nombre del encargado, dirección, coste del traslado del documento en su caso, cuestiones sobre la traducción y otras informaciones. Otras vías de remisión alternativa pueden ser la vía consular o diplomática directa o indirecta (artículos 8 y 9 CH), la vía postal (artículo 10 a)), la vía de comunicación directa entre funcionarios judiciales o personas competentes (artículo 10 b)), o la vía de remisión directa entre el interesado y los funcionarios judiciales o personas competentes (artículo 10 c)). Por lo tanto, de ser el país destino de la demanda a notificar uno de los países acogidos a este convenio, el juzgado de primera instancia número 10 de Córdoba tuvo ese instrumento para intentar la notificación de la demanda antes, antes de dictar Auto de archivo.

**15.** A diferencia del Reglamento 1393/2007, este convenio permite al juez continuar con el proceso aun cuando no haya quedado acreditada la práctica de la notificación (artículo 15), siempre que se den cuatro condiciones, primero, que la notificación se haya practicado según los modos previstos en el convenio, segundo, que desde la fecha de envío del documento por el Estado contratante origen haya transcurrido un plazo de al menos seis meses, tercero, que el juez del Estado contratante de origen a pesar de haber realizado todas las diligencias oportunas en el Estado contratante requerido no haya conseguido obtener el certificado de notificación y cuarto, que el juez del Estado contratante de origen lo haya expresamente así declarado y siempre que se cumplan las tres condiciones anteriores. En la página mencionada puede también consultarse qué Estado contratante ha expresado esta circunstancia.

**16.** Como singularidad, en Estados Unidos la transmisión debe llevarse a cabo haciendo uso del servicio privado con el que el departamento de Justicia norteamericano tiene externalizado esta función, la empresa *Process Forwarding International, ABC legal*, abonando una tasa que podrá incluirse en costas de haberlas<sup>24</sup>.

**17.** Respecto a las normas de procedimiento civil en el ámbito extraeuropeo, encontramos podemos acudir también al Convenio de la Haya de 1 de Marzo de 1954 sobre procedimiento civil<sup>25</sup>, que solo contempla la petición consular o diplomática del Estado exhortante dirigida a la autoridad designada por el Estado exhortado para que a su vez practique la notificación o traslado al demandado.

### C) En el resto del mundo

**18.** Si el documento judicial hubiera debido notificarse o trasladarse a alguno de los países que quedan fuera del ámbito de aplicación, tanto del Reglamento 1393/2007 como del Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965, el juzgado de primera instancia número Diez de Córdoba tenía a su disposición varios instrumentos, o bien el Tratado Multilateral de la Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, hecho en Panamá el 30 de Enero de 1975<sup>26</sup>, elaborado en el marco de la Organización de los Estados Americanos y del que España es el único Estado europeo miembro, o bien alguno de los Tratados bilaterales que España ha firmado en el marco de la notificación y obtención de prueba en el

<sup>23</sup> Las normas básicas sobre el funcionamiento de este convenio pueden encontrarse en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/service>.

<sup>24</sup> <https://www.abclegal.com/international/hague-service-convention>.

<sup>25</sup> Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre el Procedimiento Civil. <http://www.prontuario.org/prontuario/es/Civil/Consulta/Convenio-de-La-Haya-sobre-procedimiento-civil-de-1-de-marzo-de-1954>.

<sup>26</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-36.html>

extranjero, tales como el Tratado entre el Reino de España y la República Popular China de 2 de mayo de 1992<sup>27</sup>, el Convenio hispano-portugués de 19 de noviembre de 1997<sup>28</sup>, el Convenio hispano-tailandés de 15 de Junio de 1998<sup>29</sup>, el Convenio hispano-tunecino de 24 de septiembre de 2001<sup>30</sup>, el Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y la República Dominicana de 15 de septiembre de 2003<sup>31</sup>, el Convenio hispano-argelino de 24 de Febrero de 2005<sup>32</sup>, o el Convenio hispano-mauritano de 12 de septiembre de 2006<sup>33</sup>. También le podía haber sido de utilidad la utilización de la web de la Red Iberoamericana de cooperación jurídica internacional, Iberred<sup>34</sup>.

#### **D) ¿Qué obligación y hasta donde llegan los límites del país receptor a la hora de practicar la notificación o el traslado?**

**19.** ¿Pueden los organismos judiciales practicar sus propias diligencias en caso de que el domicilio facilitado por el país emisor sea incorrecto, incompleto, ya no exista o no se encuentre en él al demandado? Del recorrido hecho por los distintos instrumentos normativos, encuentro que a mayor cercanía geográfica e institucional más fácil es la cooperación y mayores las facultades del país receptor de la petición de notificación o traslado de documento. Con carácter general, el Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado entre Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, establece en su C (9) que *“la notificación o traslado de un documento debe efectuarse cuanto antes, y, en cualquier caso, en el alzo de un mes desde su llegada al organismo receptor”* y en su C (14) que *“El organismo receptor seguirá adoptando todas las medidas necesarias para efectuar a notificación o traslado del documentos también en casos en que no haya sido posible efectuar la notificación o el traslado en el plazo de un mes (...). No obstante, con el fin de evitar que corresponda al organismo receptor una obligación ilimitada de adoptar medidas para efectuar la notificación o traslado del documento, el organismo transmisor debe poder especificar un plazo en el formulario normalizado a partir del cual deja de requerirse la notificación o el traslado”*. Esto es, en mi opinión, clave para determinar hasta dónde puede llegar la obligación del Estado de destino a la hora de practicar una notificación o traslado, pues el propio Reglamento 1393/2007 marca un primer límite no imponiéndole una *“obligación ilimitada”*, pero al mismo tiempo le permite seguir adoptando medidas para la notificación. En el mismo sentido se expresa el artículo 7.2b) *“continuará (el organismo receptor) realizando todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o traslado del documento, a menos que el organismo transmisor indique otra cosa, cuando la notificación o el traslado parezcan ser posibles en un plazo razonable.”*

**20.** En el caso de que la información facilitada por el país emisor sea deficiente, el organismo receptor debe ponerlo en conocimiento del primero *“por el medio más rápido posible”* (artículo 6.2), es decir, lo devolverá al juzgado de primera instancia número 1 de Córdoba y tendrá este que practicar las diligencias que considere oportunas para recabar la información complementaria o corregir la deficiente, probablemente requiriendo para ello al demandante. En cualquier caso, y esto es importante a efectos de contestar a las preguntas hechas más arriba, *“el organismo receptor procederá a efectuar o a que se efectúe la notificación o traslado del documento, bien de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro requerido o bien según la forma particular solicitada por el organismo transmisor, siempre que esta no sea incompatible con el derecho interno de ese Estado miembro”* (artículo 7.1).

<sup>27</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-2077](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-2077)

<sup>28</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-1363](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-1363)

<sup>29</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-10229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-10229)

<sup>30</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-4239](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-4239)

<sup>31</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-19568](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-19568)

<sup>32</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-7733](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-7733)

<sup>33</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-19347](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-19347)

<sup>34</sup> <https://www.iberred.org/>

**21.** En consecuencia, por un lado, cada país seguirá su propio derecho interno para proceder a la notificación y si este derecho interno indica que la notificación, antes de determinarse fallida, se intentará tres veces, o si el derecho interno de un país regula que la notificación se hará vía correo electrónico o vía telefónica, así deberá hacerse, lo que hará sin duda que, dependiendo de ese derecho interno, resulte más fácil la notificación en unos países que en otros. No obstante, de vuelta a España, habrá que tener en cuenta la opinión del Tribunal Constitucional respecto a ciertos tipos de notificaciones, como la vía correo electrónico. Lo analizaré más adelante.

**22.** Para salvaguardar el derecho a una tutela judicial efectiva, el TJUE no admite ciertas prácticas de notificación contrarias a este principio. Así, por ejemplo, en el C-325/11 párrafo 32 y 40, el TJUE rechaza el mecanismo de notificación establecido en el artículo 1135<sup>5</sup> del código polaco que recoge que, una vez notificado el demandado en el extranjero este debe designar un representante en el procedimiento del país donde se está resolviendo el procedimiento, en este caso Polonia, y de no hacerlo, se entenderán notificadas todas las siguientes resoluciones judiciales (notificaciones ficticias).<sup>35</sup>

**23.** Por otro lado, lo regulado en el artículo 7.1 y 7.2b) permite al organismo transmisor, en nuestro caso el juzgado de primera instancia número Diez de Córdoba, seguir controlando la forma de notificación, puesto que mantiene la potestad de elegir como hacer la notificación, por lo que, si tiene la diligencia en averiguar las alternativas de notificación en el país receptor, podrá elegir el más conveniente para el demandado al que debe notificar, no cayendo así en la inactividad que le achacó la Audiencia Provincial.

**24.** En consecuencia con lo anterior, si para la práctica de la notificación y traslado del documento, por un lado, se atiende al derecho interno del país receptor, y por otro, el país transmisor tiene facultades para controlar la forma de notificación, ¿podría llegarse a dar una notificación internacional mediante edictos si el derecho interno del país receptor así lo contempla y el país transmisor así lo ha pedido? Por ejemplo, la ley de enjuiciamiento civil alemana (la *Zivilprozessordnung*), regula en su artículo 185 disposiciones en materia de notificación edictal y nada, en el literal de este artículo limita que así pueda ser<sup>36</sup>.

**25.** Si nos movemos en el contexto del Convenio de la Haya lo único que recoge el texto respecto a la autonomía del Estado contratante requerido a la hora de practicar la notificación o traslado está en el artículo 5 CH “*La Autoridad Central del Estado requerido procederá u ordenará proceder a la notificación o traslado del documento: a) ya según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido para la notificación o traslado de los documentos otorgados en este país y que se destinen a personas que se encuentren en su territorio, b) ya según la forma particular solicitada por el requirente, siempre que no resulte incompatible con la ley del Estado requerido*”, que en este sentido es similar a la regulación del Reglamento 1393/2007, es decir cada país contratante seguirá su propio derecho interno para proceder a la notificación al mismo tiempo que se permite a la autoridad central de origen, seguir

<sup>35</sup> STJUE C-325/11 Pfos. 32 y 40 Sala primera de 19 Diciembre 2012. *Alder-Ortowoska* <ECLI:EU:C:2012:824> “Pues bien, dado que estos medios de transmisión de documentos judiciales son los únicos previstos, con carácter exhaustivo, en el sistema establecido por dicho Reglamento, procede declarar que éste no contempla en absoluto la posibilidad y, por tanto, se opone a un procedimiento de notificación o traslado ficticio como el que está en vigor en Polonia en virtud del artículo 1135<sup>5</sup> del Código de procedimiento civil.”, y “Pues bien, en este contexto, es preciso declarar que un mecanismo de notificación o traslado ficticio, como el que establece el artículo 1135<sup>5</sup> del Código de procedimiento civil, resulta incompatible con la realización del objetivo de protección del derecho de defensa perseguido por el Reglamento 1393/2007.”

<sup>36</sup> *Zivilprozessordnung* (ZPO) «Artículo 185. Notificación edictal: La notificación puede tener lugar mediante comunicación pública (notificación edictal) cuando: 1 se desconozca el lugar de residencia del interesado y no sea posible la notificación a un representante o a un apoderado a efectos de notificaciones, 2. tratándose de personas jurídicas obligadas a inscribir una dirección comercial nacional en el Registro Mercantil, no sea posible la notificación ni en la dirección inscrita, ni en la dirección inscrita en el Registro Mercantil de la persona facultada para recibir las notificaciones, ni tampoco en ninguna otra dirección nacional conocida sin que sea necesario realizar averiguaciones, 3. no quepa una notificación en el extranjero o con toda probabilidad resultará fallida, o 4. la notificación no pueda llevarse a cabo porque el lugar de la notificación sea el domicilio de una persona que, de conformidad con los artículos 18 a 20 de la Ley del Poder Judicial, no esté sujeta a la jurisdicción alemana.”

controlando la forma de notificación en caso de querer disponer de alguna específica y admitida por la autoridad central del país de destino.

26. En cualquier caso, la respuesta final a cuál es el límite del país receptor para practicar la notificación o traslado o cuántas diligencias están obligados a practicar, será distinta dependiendo siempre del país de que se trate, tanto si nos encontramos en el escenario del Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado entre Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, como en el del Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial o en el escenario de otros convenios bilaterales o multilaterales con el resto de países, y la información correcta concreta y actualizada, se puede encontrar alojada en los sitios web referenciados.

### 3. Instrumentos legales internacionales para la obtención de prueba

27. Si, una vez hecha la petición de notificación en país extranjero y el domicilio facilitado por el demandante resulta no ser correcto o el demandado ya no reside o trabaja allí, puede acudir a los instrumentos para la obtención de pruebas que a lo largo de los años se han ido confeccionando como consecuencia de la necesidad que tiene un órgano jurisdiccional que debe decidir sobre un asunto con elemento extranjero, de realizar en otro país una diligencia probatoria, tal como tomar declaración a unos testigos o practicar una prueba pericial. Nos interesan los instrumentos desarrollados al efecto en tanto en cuanto nos permitan la averiguación del domicilio del demandado, que es la cuestión que nos ocupa.

#### A) En el ámbito europeo

28. Así, en el ámbito europeo, tenemos el Reglamento 1206/2001, de 28 de Mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>37</sup>, en el que en esta ocasión Dinamarca queda excluido C (22). Prevalece sobre cualquier convenio internacional, bilateral o multilateral, pero permite que los Estados miembros entre sí adopten medidas que mejoren la obtención de pruebas siempre que compatibilicen con el Reglamento C (17). El artículo 4.1 f) habla de la “*solicitud de obtención de cualquier otra prueba*”, siendo que este concepto de “*prueba*” en el ámbito del Reglamento debe entenderse en sentido muy amplio, incluyendo por ejemplo la asistencia técnica<sup>38</sup>, y el artículo 10. 4 dice que “*El órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia*. Por lo tanto, nada impide que el órgano requerido contacte con el demandado, por ejemplo, por correo electrónico, si el órgano requirente se lo ha facilitado, así se lo ha solicitado y este medio no es contrario en el derecho interno del órgano requerido. Podría así el órgano jurisdiccional de destino emplazar al demandado a fin de que aportara su domicilio correcto o nuevo. Pueden ampliarse conocimientos sobre el funcionamiento de este Reglamento en la referencia a pie de página<sup>39</sup>”

<sup>37</sup> Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DO L 174 de 27.6.2001, p. 1). En vigor con fecha de 1 de julio de 2001 y de aplicación desde el 1 de enero de 2004.

<sup>38</sup> A.L. CALVO CARAVACA Catedrático de D° internacional privado Universidad Carlos III de Madrid y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Catedrático de D° internacional privado Universidad de Murcia “*Asistencia judicial internacional. Régimen jurídico en derecho internacional privado europeo y español*” pág. 29.

<sup>39</sup> A. YBARRA BORES Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado Universidad Pablo de Olavide de Sevilla *La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la unión europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el derecho español*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2012), Vol. 4, N° 2, pp. 248-265 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

## B) En el ámbito extraeuropeo

29. Es, principalmente, el Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970<sup>40</sup> sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil que sustituye, en las relaciones entre Estados contratantes, a los artículos 8 a 16 del Convenio de la Haya sobre procedimiento civil de 1954 (artículo 29), el que regula la materia. Con un funcionamiento de comisiones rogatorias muy parecido al establecido en el convenio relativo a la notificación y traslado de documentos, en su artículo 21 a) recoge que “*podrán proceder a la obtención de pruebas de toda clase (...)*” refiriéndose a las obtenidas por funcionarios diplomáticos o consulares y por comisarios, luego, en mi opinión, el Estado contratante de origen podría solicitar como prueba la averiguación del domicilio del demandado siempre que aporte datos suficientes y el modo de averiguación no fuera contrario al derecho interno del Estado contratante de destino.

## C) En el resto del mundo

30. Algunos de los convenios bilaterales que España ha suscrito son: la declaración de aceptación por España de la adhesión del Reino de Marruecos al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970<sup>41</sup> o el Instrumento de Ratificación del Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987<sup>42</sup>.

## 4. Instrumentos legales en el derecho internacional privado español para la notificación para la obtención de prueba

31. En cuanto a la normativa de producción interna, el juzgado de primera instancia número Diez de Córdoba siempre pudo haber acudido al principio de reciprocidad establecido en la ley 29/2015 de Cooperación internacional<sup>43</sup>, ley que cubre de forma efectiva la remisión legislativa que hace el artículo 177 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a la cooperación judicial internacional, a la legislación interna que resulte aplicable en defecto de normas de la Unión Europea o de otros tratados internacionales. Tiene, por lo tanto, un carácter subsidiario, aplicándose exclusivamente a los supuestos no encuadrados bajo normativa legal europea o regulados por convenios bilaterales o multilaterales extranjeros.

32. Esta ley prevé la comunicación judicial directa (artículo 4), siempre, y esto ya es costumbre habitual, respetando las normas de producción interna de cada país, y estableciendo una autoridad central para conseguir la eficiencia de la cooperación. En España esta autoridad central es el Ministerio de Justicia. El artículo 21. 2 indica que: “*Siempre que no se oponga a la legislación del Estado de destino, las autoridades españolas podrán practicar las comunicaciones directamente a sus destinatarios por correo postal certificado o medio equivalente con acuse de recibo u otra garantía que permita dejar constancia de su recepción*”.

33. Interesante reflexión hace Flora Calvo Babío<sup>44</sup>, quien se pregunta si el mencionado artículo podría utilizarse para que, ante el domicilio desconocido de un demandado, un procurador pueda notificarle a través de correo electrónico con acuse de recibido certificado, concluyendo que podría ser posible siempre que la recepción quede correctamente acreditada. A este respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los dos sentidos, diciendo en alguna ocasión que este tipo de notificación no es vá-

<sup>40</sup> <https://assets.hcch.net/docs/3f8c0c38-ca38-40dd-9df9-7db0fe6a69b9.pdf>

<sup>41</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-2634](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-2634)

<sup>42</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-10115](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-10115)

<sup>43</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8564>

<sup>44</sup> F. CALVO BABÍO “*Las notificaciones en la Unión Europea.*” ISSN-e 2255-0488, ISSN 137-2435, N 85, 2004, págs. 70-71

lido si no se respeta el cauce que marca la ley, incluso siendo fehaciente la recepción<sup>45</sup>, y en otras que, aunque no se haya respetado el cauce que marca la ley, sí son válidas si no se produce indefensión. Es decir, para el Tribunal Constitucional la forma es esencial, es *ad solemnitatem*, por lo que siempre habrá de respetarse, siendo la principal razón la de protección al notificado para que exista fehaciencia de esa notificación. En consecuencia, dice el TC, siempre que exista auténtica garantía de que el notificado tiene verdadero conocimiento de la notificación aún por medios extralegales, el respeto al cauce legal de la notificación ya no será preciso, pues carece de sentido.

**34.** Las vías de transmisión de las solicitudes vuelven a ser muy parecidas a las recogidas en el reglamento 1373/2007, en el convenio de la Haya y en el resto de los convenios de carácter multilateral o bilateral, esto es, vía consular o diplomática, a través de las respectivas autoridades centrales, directamente entre los órganos jurisdiccionales o por conducto notarial. Conocer qué vía es la que mejor conecta con el caso en cuestión, es la tarea del juez español, antes de cursar la solicitud.

**35.** Respecto a la cuestión que estamos tratando en este trabajo, el juez español debe suspender el procedimiento en tanto en cuanto no se acredite que el documento de notificación o traslado ha sido correctamente notificado, lo que no le impide la adopción de medidas cautelares o provisionales, y podrá, a instancias de parte, proveer lo que considere una vez transcurridos seis meses, aun cuando siga sin tener constancia de la notificación en el extranjero al demandado, medida que tiende a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

**36.** En cuanto a la obtención de prueba en el extranjero, al igual que con lo visto hasta ahora, el juez español podría utilizar este instrumento para averiguar el domicilio del demandado en el extranjero, siempre que este no fuera desconocido desde el principio, como venimos insistiendo, esto es cuando el intento de notificación haya sido fallido por ser el domicilio facilitado por el demandante erróneo o ya no exista, o el demandado no se encuentre ya en él, como medida de prueba encuadrado en el artículo 31 c) LCJIMC “*Si se trata de cualquier otra prueba (...)*”.

**37.** Además de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional de 30 de Julio en materia civil y mercantil, en el derecho interno español el juez español podrá recurrir a los Artículos 276-278 LOPJ y el Artículo 177 LEC aunque son meros recordatorios de la obligación de observar los cuerpos normativos del derecho europeo, extraeuropeos y los convenios bilaterales y multilaterales internacionales de los que España es miembro o Estado contratante, así como la propia Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional mencionada.

### III. ¿Qué pudo hacer el juzgado de instancia y no hizo?

**38.** Decíamos al principio, que el caso que comentamos no se encuadra en el supuesto el artículo 156 LEC, esto es domicilio desconocido del demandado, puesto que el demandante si aportó un domicilio en el extranjero a efectos de notificación, y adelantaba que esto era clave en este supuesto para que la activación de todos los instrumentos normativos que hemos ido viendo fura posible, puesto que, si el demandante hubiera manifestado en su demanda que desconocía el domicilio del demandado, ni el Reglamento 1393/2007 de 13 de noviembre de 2007, ni el Convenio de la Haya de 1 de marzo de 1954 ni el resto de convenios multilaterales o bilaterales que hemos mencionado, podían haberse utilizado, ya que explícitamente queda así regulado<sup>46</sup>. Así también se ha pronunciado el TJUE en casos como C-292/10

<sup>45</sup> STC 40/2020 de 27 febrero 2020. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/26/pdfs/BOE-A-2020-4125.pdf>; STC 94/2020 de 20 Julio 2020. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9782](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9782)

<sup>46</sup> Artículo 1.2 Reglamento (CE) 1393/2007 “*El presente Reglamento no se aplicará cuando el domicilio de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido*”; Artículo 1 CH “*El Convenio no se aplicará cuando la dirección del destinatario del documento sea desconocida*”

*Cornelius de Visser* en su FD 39<sup>47</sup> o en el C-325/11, *Alder* en su FD24<sup>48</sup> y por ello la importante precisión que hacíamos al principio y que acertadamente hizo la Audiencia Provincial de Córdoba en su auto de 17 Junio 2020 al indicar que no se encontraba el asunto en el supuesto del artículo 156 LEC sino en el del artículo 161.4 LEC, que en cualquier caso, a efectos prácticos, nos remite al 156 LEC pero encuadra el asunto en un escenario normativo distinto.

**39.** Salvada entonces la aplicación de alguno de los instrumentos normativos que hemos analizado y con los que el juzgado de primera instancia número Diez de Córdoba contaba para el intento de notificación y posterior averiguación del domicilio del demandado, ¿fueron estos agotados antes de dictar el Auto de archivo por “*ilocalización del demandado*”? La respuesta es no, y por lo tanto el Auto de fecha 17 Junio 2020 de la Audiencia Provincial de Córdoba fue acertado en su estimación parcial del recurso de apelación planteado por el demandante.

**40.** El artículo 156 LEC<sup>49</sup> obliga al Letrado de la administración a utilizar todos los medios oportunos para averiguar el domicilio o residencia del demandado, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, Organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del art. 155. 3, y si estas averiguaciones resultaren infructuosas, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará que la comunicación se lleve a cabo mediante edictos y que se comunique el nombre del demandado y los demás datos de identidad al Registro Central de Rebeldes Civiles. En ningún caso se considerará imposible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación si dicho domicilio constara en archivos o registros públicos, a los que pudiera tenerse acceso y es reiterada jurisprudencia la obligación de los Juzgados de averiguar el domicilio<sup>50</sup>.

**41.** Obsérvese que el texto del artículo 156 LEC no restringe los “*registros, Organismos, Colegios Profesionales, entidades y empresas*”, a un ámbito nacional, luego, aunque el artículo 156 LEC sea una norma territorialmente aplicable en el Estado español, nada impide, en mi opinión, que el letrado de la administración no recurra a todos aquellos “*registros, Organismos. Colegios Profesionales, entidades y empresas*” de cualquier país el extranjero, bien mediante sus propios medios de ser de acceso público, bien mediante la articulación de cualquiera de los Reglamentos o convenios de solicitud de prueba que

---

<sup>47</sup> STJUE de 15 de Marzo de 2012, C-292/10, *Cornelius de Visser*, FD 39. ECLI:EU:C:2012:142. “*A este respecto, debe recordarse, por una parte, que, en circunstancias en las cuales se desconoce el domicilio del demandado nacional de un Estado miembro, la aplicación de las reglas uniformes de competencia establecidas por el Reglamento 44/2001 en lugar de las vigentes en los diferentes Estados miembros es conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con el objetivo de dicho Reglamento consistente en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado (véase, al respecto, la sentencia de 17 de noviembre de 2011, Hypoteční banka, C-327/10, Rec. p. I-11543, apartado 44).*”

<sup>48</sup> STJUE de 19 de diciembre de 2011, C-325/11, *Alder*, FD 24. ECLI:EU:C:2012:824. “*De la interpretación sistemática del Reglamento de que se trata resulta que éste contempla únicamente dos circunstancias en las que la notificación o el traslado de un documento judicial entre los Estados miembros quedan excluidos de su ámbito de aplicación, a saber, por un lado, cuando el domicilio o el lugar de residencia habitual de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido, y, por otro lado, cuando esta última ha nombrado un representante autorizado en el Estado en el que tiene lugar el procedimiento.*”

<sup>49</sup> Artículo 156. “*Averiguaciones del tribunal sobre el domicilio. 1. En los casos en que el demandante manifieste que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán por el Letrado de la Administración de Justicia los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155. Al recibir estas comunicaciones, los Registros y organismos públicos procederán conforme a las disposiciones que regulen su actividad. 2. En ningún caso se considerará imposible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación si dicho domicilio constara en archivos o registros públicos, a los que pudiere tenerse acceso. 3. Si de las averiguaciones a que se refiere el apartado 1 resultare el conocimiento de un domicilio o lugar de residencia, se practicará la comunicación de la segunda forma establecida en el apartado 2 del artículo 152, siendo de aplicación, en su caso, lo previsto en el artículo 158. 4. Si estas averiguaciones resultaren infructuosas, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará que la comunicación se lleve a cabo mediante edictos.*”

<sup>50</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 septiembre 2007 (SP/AUTRJ/444012)

hemos visto solicitando auxilio a los organismos requeridos para que indagasen según sus procedimientos internos de búsqueda, y finalmente si todo esto fuera infructuoso, podría haber notificado, en España, por edictos, vía artículo 156, que además le obliga, lo que, ya en este avanzado camino de intentos de averiguación del domicilio del demandado, no vulnera el derecho de defensa del demandado y si hubiera salvado e derecho a la tutela judicial efectiva del demandante. Respecto a la notificación mediante edictos sin haber agotado todos los medios de notificación disponibles, el TEDH, en su Sentencia del pasado 15 de diciembre 2020, caso Karesvaára y Njie contra España, se condena al reino de España por vulneración del derecho a un juicio equitativo que recoge el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>51</sup>

42. Así se ha pronunciado en numerosas ocasiones tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En TJUE en el caso C-327/10 *Hypoteční banka a.s. contra Udo*, aclarando que “*dicho Reglamento no se opone a la aplicación de una disposición procesal interna de un Estado miembro que, con el fin de evitar una situación de denegación de justicia, permite la tramitación de un procedimiento en contra y en ausencia de una persona con domicilio desconocido, siempre y cuando el órgano jurisdiccional que conoce del litigio se haya cerciorado, antes de pronunciarse acerca del mismo, de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado*”<sup>52</sup>, y en igual línea argumental el C- 292/10 *G contra Cornelius de Viser* en su párrafo 56 “*dicha restricción (la del derecho de defensa) está justificada a la vista del derecho del demandante a una tutela judicial efectiva, habida cuenta de que sin dicha notificación, ese derecho carecería de eficacia*” y 59<sup>53</sup>. También el Tribunal Constitucional ha aclarado esta cuestión en su Sentencia 124 /2006 de 24 abril 2006.<sup>54</sup>

43. Por lo tanto, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba estuvo acertado al acoger el motivo de apelación del demandando respecto al incorrecto archivo por parte del juzgado del procedimiento sin agotar todas las vías de averiguación del domicilio y posterior notificación de la demanda, corrigiendo así el error en que este incurrió, y le ordena la averiguación del domicilio.

#### IV. Conclusiones finales

44. Tras el análisis jurídico hecho, es obvia la importancia de facilitar al juzgado un domicilio en el escrito inicial de demanda cuando el procedimiento sea transfronterizo, aunque lo creamos incorrecto o esté incompleto, además de otros datos, como teléfono, correo electrónico e incluso cuenta de RRSS, ya que si en el escrito inicial de demanda le decimos al juez que el domicilio es “*desconocido*”, podrán ponerse en marcha por parte del juzgado los recursos del artículo 156 LEC, pero no podrán utilizarse todas las herramientas de los instrumentos legales internacionales que hemos visto. Eso, u obviar en el escrito de demanda que el demandado está en el extranjero y conseguir una sentencia en rebeldía, corriendo el grave riesgo de que pueda no ser válida en el futuro por vulnerar el derecho a la defensa del demandado, pues no podemos perder la referencia de que, antes o después, necesitaremos ejecutarla en el extranjero.

<sup>51</sup> <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/CASE%20OF%20KARESVAA-RA%20AND%20NJIE%20v.%20SPAIN.pdf>

<sup>52</sup> STJUE Sala Primera C-327/10, pfo. 55, de 17 noviembre 2011 *Hypoteční banka a.s. contra Udo Mike Lindner*. ECLI:EU:C:2011:745. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-327/10>;

<sup>53</sup> STJUE Sala primera C-292/10, pfo 59 de 15 Marzo 2012 *G contra Cornelius de Viser*. ECLI:EU:C:2012:142. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-292/10&language=ES> “*por consiguiente, procede responder a la primera cuestión y a la primera parte de la tercera cuestión que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante un edicto, de conformidad con el Derecho nacional, siempre que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto se haya cerciorado antes de que se realizaron todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y de buena fe para encontrar a dicho demandado*”

<sup>54</sup> STC 14/2006 de 24 Abril 2006 (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006) ECLI:ES:TC:2006:124 <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5726>

**45.** Aunque el juzgado deba proceder a ello de oficio, y para ello tiene a su disposición el Punto Neutro judicial con acceso a la Tesorería General de la Seguridad Social, al Instituto Nacional de Estadística, a la Dirección General de Tráfico, a la Agencia Tributaria y otros registros, hay que recordar la importancia del impulso procesal de parte en el ámbito civil, por lo que nunca debemos obviar la labor extrajudicial que podamos hacer, incluso requiriendo los servicios de un detective, si el asunto y, sobre todo su cuantía, lo merecen, y en todo caso solicitando al juzgado que se dirija a cualquier Organismos, Colegios Profesionales, entidades o empresas, cuyos datos le facilitemos nosotros. Desafortunadamente, cuando el litigio traspase las fronteras nacionales y, a pesar de los múltiples instrumentos legales internacionales existentes, la labor de averiguación del domicilio del demandado por la parte interesada, mediante medios privados, tiene un papel esencial.

# SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UN TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO TRAS LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE UN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA CERTIFICADA

## STAY OF THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS OF A EUROPEAN ENFORCEMENT ORDER AFTER THE ADMISSION OF AN APPEAL AGAINST THE CERTIFIED JUDGMENT

JAVIER PÉREZ FONT

*Abogado. LLM (Distinction) in International Commercial and Maritime Law (Swansea University). Doctorando en Derecho Internacional Privado (Universidad Pública de Navarra)*  
ORCID ID: 0000-0002-1554-5420

Recibido: 28.10.2020 / Aceptado: 10.11.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6011>

**Resumen:** Habiéndose certificado una sentencia condenatoria contra un demandado rebelde como Título Ejecutivo Europeo, se admite a trámite recurso de apelación que pone de relieve que las notificaciones practicadas durante el proceso instándole a participar en él eran nulas de pleno derecho. A la vista de esta circunstancia, el tribunal ejecutante opta por suspender el proceso de ejecución de la sentencia impugnada al amparo del artículo 23(c) del Reglamento 805/2004.

**Palabras clave:** Título Ejecutivo Europeo, ausencia de firmeza, impugnación de la sentencia certificada.

**Abstract:** Having a default judgment been certified as a European Enforcement Order, its subsequent appeal reveals that notices were not served properly to the respondent, being so null and void. Considering these circumstances, the enforcing court opts for staying the enforcement proceedings under article 23(c) Regulation 805/2004.

**Keywords:** European Enforcement Order, want of authority of a final decision, appeal against certified judgment.

**Sumario:** I. Hechos. II. La falta de firmeza de la sentencia como motivo para denegar la ejecución. III. Modificación de facto de los elementos del certificado como consecuencia de la admisión de una impugnación de la resolución certificada como motivo para denegar la ejecución. IV. Aplicación de un motivo de oposición previsto en el ordenamiento jurídico del Estado ejecutante. V. Conclusiones.

### I. Hechos

1. Encontrándose en rebeldía el demandado, la sección para Turnhout de la Cámara de Comercio de Amberes<sup>1</sup> dictó el 30 de Septiembre de 2015 sentencia condenatoria por el importe de 100.000 euros. Al amparo del Reglamento 805/2004<sup>2</sup>, el 18 de Enero de 2018 el mismo tribunal certificó aquella como Título Ejecutivo Europeo.

<sup>1</sup> *Ondernemingsrechtbank Antwerpen - Afdeling Turnhout* según se denominación oficial en neerlandés flamenco.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) 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 DOUE L143, de 30 abril 2004, pp. 15-39.

Al instarse en España la ejecución del Título Ejecutivo Europeo, el demandado planteó oposición por defectos procesales contra el despacho de ejecución<sup>3</sup>, que fue íntegramente desestimada el 5 de Junio de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia de Sant Feliu de Guíxols<sup>4</sup>.

2. Planteado ya el recurso de apelación contra el auto de desistimiento a la oposición a la ejecución, el ejecutado/apelante facilitó a la Audiencia Provincial de Girona traducción jurada de una sentencia de 12 de Septiembre de 2019 de la Corte de Apelación de Amberes<sup>5</sup> en la que, a pesar del tiempo transcurrido<sup>6</sup>, se admitía a trámite recurso de apelación contra la sentencia de la Cámara de Comercio al entender que, siendo nulas las notificaciones realizadas en su día al demandado, los plazos fijados para la interposición del recurso no habían comenzado a correr.

3. Considerando que como consecuencia de la admisión del recurso de apelación la sentencia condenatoria objeto del Título Ejecutivo Europeo había perdido su firmeza<sup>7</sup> y que se habían modificado de facto datos esenciales del formulario de certificación<sup>8</sup>, ante la imposibilidad de modificar o revocar el Título Ejecutivo Europeo emitido, la Audiencia Provincial de Girona opta por aplicar el artículo 23(c) del Reglamento 805/2004 y suspender el procedimiento de ejecución en tanto en cuanto el Título Ejecutivo Europeo no sea revocado o sustituido por otro que se acomode a lo que decidan de manera definitiva las autoridades judiciales belgas<sup>9</sup>.

## II. La falta de firmeza de la sentencia certificada como motivo para denegar la ejecución

4. En la propuesta del Consejo del Reglamento que viniera a establecer el Título Ejecutivo Europeo<sup>10</sup> se disponía que únicamente sería certificada como Título Ejecutivo Europeo aquella resolución que, siendo ejecutoria en el Estado de origen, hubiera además adquirido autoridad de cosa juzgada<sup>11</sup>. En este sentido, la propuesta del Consejo defendía que debía entenderse que una resolución adquiriría autoridad de cosa juzgada cuando no hubiera recurso ordinario contra la misma o, cuando habiéndolo, hubiera transcurrido el plazo previsto para su interposición<sup>12</sup>. A su vez, la propuesta definía el recurso ordinario como aquél que pudiera dar lugar a la “anulación o a la modificación de la resolución objeto del procedimiento de certificación como Título Ejecutivo Europeo, cuya interposición esté sujeta, en el Estado miembro de origen, a un período fijado por ley y que se inicie en virtud de esa misma resolución”<sup>13</sup>.

5. Recibida la propuesta del Consejo, el Comité Económico y Social recomendó introducir algunas modificaciones en su articulado entre las cuales se hallaba una doble enmienda a la definición de recurso ordinario. Por un lado, considerando que la definición contenida en la propuesta del Consejo ofrecía muy poca seguridad jurídica sobre el momento de inicio del período de interposición del recurso<sup>14</sup>, siguiendo la

<sup>3</sup> Artículo 559 Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>4</sup> Auto Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Sant Feliu de Guíxols de 5 de Junio de 2019.

<sup>5</sup> *Hof van Beroep Antwerpen*, según se denominación oficial en neerlandés flamenco.

<sup>6</sup> De acuerdo con el artículo 1051(1) del *Code Judiciaire* o *Gerechtelijk wetboek*, el plazo de interposición del recurso de apelación en el derecho belga es de un 1 mes a contar desde la notificación de la sentencia. Por otro lado, con carácter general, el artículo 792 dispone que, bajo pena de nulidad, en el plazo de 8 días desde su adopción, la sentencia habrá de notificarse por el Secretario Judicial a cada una de las partes o a sus abogados indicando los medios de impugnación disponibles frente a la sentencia notificada, el plazo para su interposición y la dirección del órgano judicial competente para conocer de ellos.

<sup>7</sup> Auto Audiencia Provincial de Girona AAP GI 522/2020, de 10 de Junio, Fundamento de Derecho 5º.

<sup>8</sup> *ibidem*, Fundamentos de Derecho 5º y 6º.

<sup>9</sup> *ibidem*, Fundamentos de Derecho 6º y 8º.

<sup>10</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, DOCE C203E, de 27 de Agosto de 2002, pp,86-107.

<sup>11</sup> *ibidem*, artículo 5(a).

<sup>12</sup> *ibidem*, Artículo 3(5).

<sup>13</sup> *ibidem*, Artículo 3(6).

<sup>14</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para crédito no impugnados”, DOUE C85, de 8 de Abril de 2003, pp. 1-7, párrafo 4.1.

definición dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Industrial Diamond*<sup>15</sup>, el Comité consideraba que el Reglamento debía establecer que el período de interposición del recurso fijado por la ley debía iniciarse “como consecuencia de la propia resolución cuya ejecución se persigue o como consecuencia de una notificación de la resolución”<sup>16</sup>. Por otro lado, con el objetivo de determinar de manera clara y precisa qué recursos respondían exactamente a la definición reglamentaria, el Comité recomendaba una matización suplementaria que precisara que, a efecto del Reglamento, sería ordinario el recurso propio del curso normal de un procedimiento que, constituyendo un desarrollo del procedimiento, debiera ser lógicamente tenido en cuenta por todas las partes<sup>17</sup>.

6. Considerando que el Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo debía ir más allá del régimen establecido en el Reglamento Bruselas I<sup>18</sup> – el cual, al igual que hacia su predecesor<sup>19</sup> y hace su sucesor<sup>20</sup>, no exigía a la resolución autoridad de cosa juzgada, sino ser ejecutiva en el Estado de origen<sup>21</sup> – y que los conceptos de “*sentencia firme*”, “*recurso ordinario*” o “*cosa juzgada*” tenían difícil encaje en los ordenamientos *common law*<sup>22</sup>, el legislador comunitario finalmente optó por prescindir del requisito de la autoridad de cosa juzgada – y, por tanto, de las definiciones de cosa juzgada y recurso ordinario que llevaba aparejada – y vincular la aplicabilidad del Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo a la ejecutabilidad de la resolución certificada conforme al ordenamiento jurídico del Estado dónde se hubiera dictado<sup>23</sup>.

7. De lo dicho hasta ahora se desprende que, no siendo la firmeza de la resolución un requisito necesario para ser certificada como Título Ejecutivo Europeo, no se puede compartir la afirmación de la Audiencia Provincial de Girona de que, como consecuencia de la pérdida de firmeza generada por la admisión a trámite de un recurso de apelación contra la sentencia de la Cámara de Comercio de Amberes, decaiga “*el efecto esencial del [Título Ejecutivo Europeo] al no ser firme la sentencia objeto de ejecución*” (énfasis añadido)<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de Noviembre de 1977, *Industrial Diamond*, C-43/77, párrafos 37 y 38.

<sup>16</sup> Dictamen del Comité Económico... op. cit., párrafo 4.1.

<sup>17</sup> *ibidem*, párrafo 4.1.1.

<sup>18</sup> Esta pretensión se manifiesta de manera expresa en el considerando número 9 del Reglamento 805/2004 al afirmar que el procedimiento en él contenido “debe ofrecer importantes ventajas con respecto al procedimiento de exequátur contenido en el [Reglamento Bruselas I] (...)”. Ver: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, párrafo 50.

<sup>19</sup> Artículo 31 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>20</sup> Artículo 39 del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>21</sup> Artículo 38(1) del 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.

<sup>22</sup> Problemas ya expuestos en 1979 por SCHLOSSER en su famoso informe sobre la incorporación de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda al Convenio de Bruselas de 1968. Ver: Report on the association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and enforcement of judgment in civil and commercial matters and to the protocol on its interpretation by the Court of Justice, DOCE C59, de 5 de Marzo de 1979, pp. 71-151, párrafos 195-204.

<sup>23</sup> Artículo 6(1)(a) Reglamento 805/2004. Como es sabido, junto a la ejecutabilidad en el Estado de origen, el artículo 6(1) condiciona la emisión del certificado al cumplimiento acumulativo de 3 requisitos, a saber: (1) el tribunal de origen debe haber respetado ciertas normas de competencia internacional; (2) se deben haber cumplido las normas mínimas de procedimiento fijadas en el Reglamento; y (3), en el caso de que el deudor sea un consumidor, éste debe tener su domicilio en el Estado de origen. Ver: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado: Volumen I*, Comares, Granada, 2018, p. 742; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Procedimiento contradictorio en el marco de documentos públicos que reconocen créditos no impugnados. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de Marzo de 2017, *Ibrica Zulfikarpasic*, C-484/15”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2017), Volumen 9, Número 2, pp. 685-691, p. 687; C. SENÉS MOTILLA, “El Título Ejecutivo Europea para crédito no impugnados” en *Derecho Procesal Civil Europeo: Volumen III*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 95; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Colex, Madrid, 2005, p. 60; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos No Impugnados*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 107-110; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo...* op. cit., párrafo 47

<sup>24</sup> Auto Audiencia Provincial de Girona AAP GI 522/2020, de 10 de Junio, Fundamento de Derecho 5º

### III. Modificación de facto de los elementos del certificado como consecuencia de la admisión de una impugnación de la resolución certificada como motivo para denegar la ejecución:

8. La Audiencia Provincial de Girona afirma que la admisión a trámite del recurso de apelación produce de facto una modificación esencial de los epígrafes 6, 7, 12(1), 13(3) y 13(4) del formulario de certificación que, junto a la pérdida de firmeza de la sentencia certificada, abundan en que no se cumplen los requisitos legales que llevan aparejada la ejecución que exige el artículo 559(1)(1)(3<sup>o</sup>) LEC<sup>25</sup>.

9. Resulta incuestionable que las consideraciones de la Corte de Apelación de Amberes en su admisión del recurso contra la sentencia objeto de certificación ponen de relieve que las notificaciones practicadas al entonces demandado y posteriormente condenado no brindaron a éste la debida oportunidad de defenderse. Esto conlleva que, no habiéndose cumplido con las normas mínimas del Capítulo III del Reglamento 805/2004, la Cámara de Comercio de Amberes probablemente no debería haber certificado como título ejecutivo su sentencia condenatoria.

Lo dicho no obsta a que la postura adoptada por la Audiencia Provincial de Girona no pueda ser tildada como exorbitante al amparo del Reglamento. Éste se fundamenta en una distribución nítida de funciones entre el tribunal certificador y el ejecutante, no siendo propio de este último revisar la corrección ni de la sentencia certificada, ni de los datos consignados en el propio certificado<sup>26</sup>. Siendo así, parece lógico concluir que el tribunal ejecutante tampoco puede entrar a valorar el impacto que la admisión a trámite de un recurso tiene sobre la información contenida en los epígrafes del formulario de certificación, especialmente cuando dichos epígrafes registran una realidad fáctica y jurídica previa a la existencia misma del recurso, y cuando dicho impacto va a depender en gran medida de un ordenamiento jurídico que le es ajeno, el del Estado de origen de la resolución certificada.

10. Por tanto, en la medida en que el tribunal ejecutante no puede revisar o corregir el certificado<sup>27</sup>, la Audiencia Provincial de Girona se excede al valorar el impacto que la admisión a trámite del recurso de apelación tiene sobre la información consignada en ciertos epígrafes del certificado expedido por las autoridades belgas. Habrán de ser éstas las que, a instancia de parte, deban realizar esa valoración y expedir en su caso el correspondiente certificado de falta o limitación de ejecutividad<sup>28</sup>.

### IV. Aplicación de un motivo de oposición previsto en el ordenamiento jurídico del Estado ejecutante

11. Como es bien sabido, excepción hecha de algunos aspectos puntuales, el Reglamento 805/2004 no regula el proceso de ejecución de la resolución certificada como Título Ejecutivo Europeo, optando en su lugar por un reenvío al ordenamiento jurídico del Estado miembro de ejecución<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> *ibidem*.

<sup>26</sup> Artículo 21(2) Reglamento 805/2004. En este sentido, el considerando 18 del Reglamento expresamente dispone que el principio de confianza recíproca en la administración de justicia de los Estados miembros justifica que, una vez certificada una resolución como Título Ejecutivo Europeo, los órganos jurisdiccionales que conozcan de su ejecución no “procedan a revisar si se han cumplido las normas mínimas procesales”.

<sup>27</sup> Como afirma SENÉS, la prohibición de revisión impuesta por el artículo 21(2) Reglamento es de carácter absoluto y “comprende tanto el objeto del proceso sustanciado ante el tribunal de origen (la pretensión del acreedor) como la atribución de fuerza ejecutiva supranacional (fuerza ejecutiva, carácter no impugnado del crédito y [cumplimiento de las] normas mínimas) y la regularidad formal del certificado” [C. SENÉS MOTILLA, “El Título Ejecutivo...”, *op. cit.*, página 105]. Ver: P. BLANCO-MORALES LIMONES, “El Título Ejecutivo Europeo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 45-46 (Cursos 2004-2005 y 2005-2006), pp. 243-256, p. 245; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* *op. cit.*, p. 185.

<sup>28</sup> Artículo 10 del Reglamento 805/2004. Ver: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Título Ejecutivo Europeo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 47 (Curso 2006-2007), pp. 133-162, pp. 155-156; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* *op. cit.*, pp. 165-173.

<sup>29</sup> Los aspectos procesales de la ejecución regulados por el Reglamento son meramente cuatro, a saber: (1) la documentación que el ejecutante ha de facilitar [artículo 20(2)]; (2) la prohibición de la *cautio iudicatum solvi* [artículo 20(3)]; (3) los

Considerando que el Reglamento sí prevé motivos de denegación de la ejecución en los artículos 21 y 22<sup>30</sup>, la interpretación del alcance de la remisión al ordenamiento jurídico del Estado ejecutante en relación con los motivos de denegación de la ejecución ha dado lugar a dos posturas doctrinales: mientras unos defienden que, abordándose específicamente por el Reglamento, la remisión no tiene cabida en esta materia, pudiéndose por tanto únicamente denegar la ejecución del Título Ejecutivo Europeo por los motivos específicamente previstos en el Reglamento<sup>31</sup>; otros defienden que, en la medida en que la ejecución ha de realizarse en las mismas condiciones que las resoluciones dictadas en el Estado ejecutante, se podrán aplicar aquellos motivos de denegación previstos en el ordenamiento jurídico del Estado ejecutante que no entren en contradicción con el Reglamento<sup>32</sup>.

**12.** Como se ha referido anteriormente, la Audiencia Provincial de Girona concluye que, como consecuencia de la pérdida de firmeza de la resolución certificada y de una supuesta modificación de hecho de los datos esenciales consignados en ciertos epígrafes del certificado, cabe apreciar el motivo de oposición previsto en el artículo 559 (1) (1) (3º) LEC al considerar que el Título Ejecutivo Europeo no reúne los requisitos legales que llevan aparejada su ejecución<sup>33</sup>.

Examinada esta postura de la Audiencia Provincial de Girona desde el punto de vista doctrinal que circunscribe la denegación de la ejecución a los motivos previstos en el Reglamento, la aplicación del artículo 559 LEC es obviamente errónea al no tratarse de un motivo contemplado en los artículos 21 o 22 del Reglamento.

Por otro lado, examinada la postura de la Audiencia Provincial de Girona bajo el prisma de una aplicación limitada de los motivos de denegación previstos en el ordenamiento jurídico del Estado ejecutante<sup>34</sup>, en la medida en que el motivo de denegación aplicado por la Audiencia Provincial de Girona

---

motivos de denegación de la ejecución [artículos 21 y 22]; y (4) los supuestos en que se podrá suspender la ejecución. En lo restante se aplicará el derecho del Estado en que se pretende la ejecución. Ver: M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El Título Ejecutivo...* op. cit., p.117; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo...* op. cit., párrafo 121; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* op. cit., pp. 175-176.

<sup>30</sup> Al no haber celebrado España antes de la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 acuerdo alguno residenciable en el artículo 59 del Convenio de Bruselas de 1968, el motivo de denegación previsto en el artículo 22 Reglamento 805/2004 carece de trascendencia en relación con la ejecución de títulos ejecutivos europeos en España. Ver: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo...* op. cit., párrafo 127; C. SENÉS MOTILLA, “El Título Ejecutivo...”, op. cit., página 104; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* op. cit. p. 191.

<sup>31</sup> J-P. BÉRAUDO, “Le Règlement (CE) Du Conseil Du 22 Décembre 2000 Concernant La Compétence Judiciaire, La Reconnaissance et l’exécution Des Décisions En Matière Civile et Commerciale”, *Journal du Droit International*, 2011, pp. 1033-1084.

<sup>32</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Título Ejecutivo...” op. cit., p. 159, C. SENÉS MOTILLA, “El Título Ejecutivo...” op. cit., pp. 101-107; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El Título Ejecutivo...* op. cit., pp. 127-128; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* op. cit. pp. 184-185.

<sup>33</sup> Auto Audiencia Provincial de Girona AAP GI 522/2020, de 10 de Junio, Fundamento de Derecho 5º.

<sup>34</sup> La aplicabilidad de motivos previstos en el ordenamiento jurídico del Estado ejecutante siempre y cuando no contravengan lo previsto en el Reglamento parece ser la postura adoptada por los tribunales españoles. Por ejemplo, en el caso resuelto mediante el Auto de 29 de Julio de la Audiencia Provincial de Barcelona – AAP B 4357/2008 –, el ejecutado opuso sin éxito más de 8 motivos de oposición. De entre ellos, el ejecutado alegó haber realizado con carácter previo a la adopción del Título Ejecutivo Europeo un pago por una cantidad superior a la que pudiera reclamarse por el ejecutante. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona consideró que, en la medida en que implicaba una revisión del fondo del asunto, la excepción de pluspetición no podría ser opuesta ante el tribunal ejecutante. En cambio, la Audiencia sí consideró que podría alegarse la existencia de un pago, pero que para poder ser estimada debería acreditarse perfectamente la correlación entre el pago y la deuda que consta en el Título Ejecutivo Europeo, no siendo suficiente la mera posibilidad como alegaba el ejecutado. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Almería en un Auto de 30 de Julio – AAP AL 357/2008 – consideró que cumpliendo con las condiciones necesarias de autenticidad y no pudiendo realizar una revisión sobre su validez formal, no se podía denegar la ejecución de un Título Ejecutivo Europeo al amparo del artículo 559(1)(1)(3º) LEC por haberse aquél expedido en Español y no en Alemán, la lengua en que se había dictado la sentencia certificada. Por último, en el caso resuelto mediante el Auto de 26 de Septiembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra – AAP PO 211/2011 –, el ejecutado alegaba la nulidad por vulneración del artículo 24 de la Constitución del despacho de ejecución de un Título Ejecutivo Europeo emitido en Francia. Considerando tanto que el Título Ejecutivo Europeo aparecía completo y conforme al formulario correspondiente, como que el tribunal ejecutante “no puede revisar la legalidad de las condiciones previstas en el Reglamento”, la Audiencia Provincial de Pontevedra rechazó que la parte ejecutada pudiera alegar la nulidad radical del despacho de ejecución. Ver: E. SANJUAN Y MUÑOZ, “El Título Ejecutivo Europeo”, *Diario La Ley* (2004), Vol. 4, pp. 1744-1758, pp. 1756-1757, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo...* op. cit., párrafo 124; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* op. cit. pp. 184-191.

implica una revisión tanto de la resolución certificada como del certificado mismo, su aplicación contravendría lo previsto en el artículo 21 del Reglamento y, por tanto, sería igualmente censurable.

13. En consecuencia, tanto por tratarse de un motivo no previsto en el Reglamento, como por implicar una revisión de la resolución certificada y del certificado prescrita por el Reglamento, la denegación de la ejecución con base en el artículo 559(1)(1)(3<sup>o</sup>) LEC podría considerarse incorrecta.

## V. Conclusión

14. Planteado y admitido el recurso de apelación, a la luz del artículo 23 del Reglamento 805/2004, la Audiencia Provincial de Girona podía discrecionalmente elegir entre tres opciones: limitar el procedimiento de ejecución a la adopción de medidas cautelares<sup>35</sup>, subordinar la ejecución del título a la constitución de una garantía, o suspender el procedimiento de ejecución<sup>36</sup>.

Circunscribiéndose por el citado artículo 23 la aplicabilidad de la suspensión de ejecución a la concurrencia de circunstancias excepcionales, podría debatirse si las circunstancias presentes en el caso pueden ser consideradas como tales o no<sup>37</sup>. En mi opinión, en la medida en que el ejecutado no tuvo oportunidad real de defenderse durante el procedimiento del que trae causa la sentencia cuya ejecución se busca ante la Audiencia Provincial de Girona, la suspensión de la ejecución podría considerarse oportuna al constituir la alternativa de las previstas en el artículo 23 menos gravosa para una parte que ya de por sí ha visto quebrantada su derecho de defensa.

15. No obstante, aun estando de acuerdo con la decisión material de la Audiencia Provincial, no se puede compartir la forma en que la alcanza o la motivación utilizada. Constatada la admisión del recurso de apelación por las autoridades judiciales de Amberes, la Audiencia Provincial debería haberse limitado a aplicar el artículo 23 del Reglamento y obviar las referencias a la pérdida de firmeza de la sentencia objeto de certificación – cuestión intrascendente a efectos de la aplicación del Reglamento – o a las consecuencias que dicho recurso tiene sobre la información consignada en el certificado – cuestión ésta ha de dilucidarse por la justicia belga llegado el momento oportuno –.

---

<sup>35</sup> En este sentido, las “*medidas cautelares*” deben entenderse en sentido impropio, refiriéndose así el Reglamento a las medidas de garantía o de aseguramiento del embargo, es decir, en el caso del ordenamiento jurídico español a las medidas previstas artículos 621 – 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ver: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo...* op. cit., párrafo 133, C. SENÉS MOTILLA, “El Título Ejecutivo...” op. cit., p. 107; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* op. cit. pp. 192-193.

<sup>36</sup> A la hora de decidir qué decisión adoptar, SANJUAN Y MUÑOZ considera que el tribunal ejecutante deberá tener en cuenta “las perspectivas de éxito de las medidas adoptadas por el deudor y la probabilidad de que se ocasione un perjuicio irreparable por una ejecución incondicional” [E. SANJUAN Y MUÑOZ, “El Título Ejecutivo...” op. cit., p. 1757].

<sup>37</sup> Por ejemplo, SENÉS apunta que, dada su excepcionalidad, la suspensión debería ser acordada únicamente “*si de las actuaciones ejecutivas pudiera derivarse un perjuicio irreparable para el deudor*” (énfasis añadido) [C. SENÉS MOTILLA, “El Título Ejecutivo...” op. cit., p. 107]. Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI apunta que la excepcionalidad derivara del momento en que se acuerde la suspensión, considerando que habría de adoptarse en supuestos en que la ejecución se encuentre en una fase avanzada, especialmente cuando hubieran comenzado las actividades propias de la expropiación forzosa. Ver: F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo...* op. cit., pp. 194-195.

# DOCTRINA DEL TJUE SOBRE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS\*

## DOCTRINE OF THE CJEU ON THE IMMUNITY OF EXECUTION OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THE FIELD OF APPLICATION OF THE BRUSSELS I BIS REGULATION

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN\*\*

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria  
ORCID: 0000-0001-6340-0528*

Recibido: 09.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6012>

**Resumen:** En el año 2020 el TJUE ha enmarcado en dos importantes resoluciones los tipos de acciones en los que los negocios jurídicos de los estados o las organizaciones internacionales con personas del derecho privado se comprenden dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis como materia civil y mercantil y no están amparados por el principio de Derecho internacional de inmunidad de jurisdicción y ejecución. En el presente trabajo analizamos la Sentencia 3 septiembre 2020, que resuelve un procedimiento en el que la OTAN alegaba que el contrato de depósito de aseguramiento de los pagos de un contrato de suministro de combustible para asistir a la operación desarrollada en Afganistán tras los atentados de 2001 estaba amparado por el principio de inmunidad de ejecución, lo que negó el TJUE.

**Palabras clave:** inmunidad de jurisdicción, inmunidad de ejecución, materia civil y mercantil, contrato de depósito, embargo provisional.

**Abstract:** In 2020 the CJEU has framed in two important resolutions the types of actions in which the legal business of states or international organizations with private law persons are included within the framework of the Brussels I bis Regulation under the domain of civil and commercial matters and are not covered by the principle of international law of immunity from jurisdiction and enforcement. In the present paper we analyze the Judgment of September 3, 2020, which resolves a procedure in which NATO alleged that the deposit contract to ensure the payments of a fuel supply contract to assist the operation carried out in Afghanistan after The 2001 attacks, were protected by the principle of immunity from execution, which the CJEU denied.

**Keywords:** immunity from jurisdiction, immunity from execution, civil and commercial matters, deposit agreement, provisional attachment.

**Sumario:** I. El negocio jurídico y la finalidad, la compra de combustible para una operación internacional. II. El ámbito de aplicación de Bruselas I bis y la inmunidad de ejecución. 1. Ámbito

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I: “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, con la referencia DER2017-86017-R.

\*\* [lucas.perez@ulpgc.es](mailto:lucas.perez@ulpgc.es).

de aplicación material y civil y contrato de suministro militar. 2. La inmunidad de ejecución de una organización internacional ante un impago. 3. Contrato de suministro de combustible y depósito de garantía para una operación militar internacional, ámbito de aplicación civil y mercantil. III. Embargo del depósito y competencia exclusiva en Bruselas I bis. 1. Las competencias exclusivas en materia de ejecución. 2. Embargo de depósito en Estado miembro distinto al del tribunal del foro, competencia no exclusiva. IV. A modo de conclusión, enmarcando la inmunidad de ejecución.

## I. El negocio jurídico y la finalidad, la compra de combustible para una operación internacional

1. La operación militar ISAF (Fuerza Internacional de Asistencia para la seguridad), fue aprobada y creada por la ONU el 20 de diciembre de 2001 para reforzar la seguridad en Afganistán tras los atentados de las Torres Gemelas del 11 de septiembre. La OTAN asumió su mando el 11 de agosto de 2005. Para su gestión firmó el 1-2-06 y el 15-3-07 dos millonarios contratos BOA (*Basic Ordering Agreements*) de suministro de combustible entre los Cuarteles Generales Militares Internacionales, SHAPE<sup>1</sup>, y un pul de 3 compañías (alemana, suiza y de Emiratos Árabes Unidos), partes todas ellas en el proceso. Las dificultades de liquidez de la OTAN tras la disminución de aportaciones de los países miembros tras la crisis de 2008 provocaron la falta de cumplimiento de los plazos de pago, lo que motivó la firma de un contrato de depósito para asegurar el pago acordado ocho años después de la primera firma, en noviembre de 2014, materializado en el banco BNP Paribas, en Bruselas. Finalmente, el pago del combustible por parte de SHAPE no se produjo. Este incumplimiento motivó la demanda de las empresas suministradoras en Países Bajos, sede de SHAPE, el 1 de diciembre de 2015. El Tribunal de primera instancia, pese a la excepción de competencia por inmunidad de jurisdicción alegada por SHAPE se declara competente el 8 de febrero de 2017. En procedimiento no contradictorio autoriza el 14 de abril de 2016 el embargo del depósito en BNP Paribas, que se practica el 18 de abril de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia belga competente por un importe de... ¡200 millones de euros! Tras esto, y recurrida la primera resolución de competencia de 8 de febrero de 2017, el Tribunal de apelación de Países Bajos la revoca y se declara incompetente el 10 de diciembre de 2019 por inmunidad de jurisdicción de SHAPE respecto al contrato firmado. En tanto se desarrollaba este proceso, SHAPE pidió en el marco del procedimiento principal que se levantara el embargo preventivo, lo que se admitió en primera instancia el 12 de junio de 2017 y en segunda instancia el 27 de junio alegando que el interés de SHAPE en mantener la inmunidad de ejecución prevalecía sobre el interés de las sociedades en el cobro de su crédito. El embargo fue levantado.

2. Con semejantes hechos y caldo de cultivo, se cosecha el conflicto jurídico en el que el TJUE se pronuncia el 3 de septiembre de 2020<sup>2</sup>, por segunda vez en un asunto de similar en el mismo año<sup>3</sup>, sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución y su relación con el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis<sup>4</sup>. Con esto asienta su doctrina sobre cuándo los negocios jurídicos celebrados por los estados o las organizaciones internacionales deben sustraerse o no al conocimiento de los tribunales

<sup>1</sup> El Estatuto de los Cuarteles Generales Militares Internacionales (SHAPE) como organización internacional con personalidad jurídica propia se regula en el Tratado del Atlántico Norte, firmado en París el 28 de agosto de 1952. Su artículo 11 establece que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio (Convenio entre las Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas, firmado en Londres el 19 de junio de 1951), un cuartel general supremo podrá ser parte, tanto demandante como demandada, en procedimientos judiciales”. Aunque no tenga relación con el proceso señalamos que España, por ejemplo, se adhirió a este Estatuto mediante Instrumento de adhesión de 26 de julio de 1995 publicado en el BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 1995.

<sup>2</sup> *Caso Supreme Site Services GmbH, Supreme Fuels*, asunto C-186/19, ECLI:EU:C:2020:638.

<sup>3</sup> Nos parece especialmente significativa la existencia de dos resoluciones del TJUE sobre el mismo objeto de estudio en un mismo año, por lo que en el presente trabajo interrelacionaremos ambas sentencias y también estudiaremos la anterior a la de nuestro concreto objeto de estudio, la STJUE 7 mayo 2020, *Caso Rina*, asunto C-641/18, EU:C:2020:349.

<sup>4</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 (DO 2012, L 351, p. 1).

civiles europeos en aplicación del mismo. Llegado el procedimiento al Tribunal Supremo de los Países Bajos con la admisión de la inmunidad de ejecución y el levantamiento del embargo ejecutado en Bélgica por parte de los tribunales holandeses, al mismo le surgieron tres dudas esenciales que plantea al TJUE<sup>5</sup>. La primera, sobre si se había realizado una interpretación correcta de la inmunidad de ejecución y la misma se aplicaba al levantamiento del embargo acordado ejecutando un contrato de depósito en garantía de un contrato de suministro de combustibles para una operación de mantenimiento de la paz, y por ello quedaba fuera del ámbito de aplicación de Bruselas I bis. En segundo lugar, si por la ejecución del embargo trabado en Bélgica, se debía entender que este país contaba con competencia exclusiva para conocer la demanda de levantamiento del embargo a tenor del contenido del artículo 24.1.e de Bruselas I bis y por lo tanto los tribunales de Países Bajos debían abstenerse de conocer esta petición. Por último, y muy vinculada a las anteriores, si en caso de ser materia civil o mercantil, tiene relevancia la circunstancia de que la organización internacional haya basado sus pretensiones en la inmunidad de ejecución y si el órgano jurisdiccional está obligado a apreciar si procede la invocación de inmunidad de ejecución y si él debe examinar todos los elementos de que disponga, incluidas alegaciones u otra norma que pudiese ser aplicada.

3. Este planteamiento provoca que en el presente trabajo abordemos en primer lugar el análisis de la relación que existe entre el ámbito de aplicación en materias civiles y mercantiles del Reglamento Bruselas I bis definido en su artículo 1 con la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los estados y las organizaciones internacionales. La acotaremos enmarcando los márgenes en los que se mueve y por ello los supuestos en los que puede ser alegada por los estados o las organizaciones internacionales. No se nos esconde que una estrategia procesal relativamente habitual de estos es su alegación en la intención de sustraerse de la acción de la justicia en procedimientos de ámbito estrictamente privados, tal y como ocurrió en los dos supuestos resueltos por el TJUE en el presente año. En segundo lugar, analizaremos más brevemente cuándo el procedimiento de ejecución debe entenderse un procedimiento de competencia exclusiva por el que, una vez iniciado, ningún otro Tribunal de un Estado miembro se puede pronunciar sobre el mismo.

## II. El ámbito de aplicación de Bruselas I bis y la inmunidad de ejecución

### 1. Ámbito de aplicación material y civil y contrato de suministro militar

4. El ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I bis se regula, sin definirlo concretamente, en el artículo 1.1, señalando que el mismo regula las materias de ámbito civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional<sup>6</sup>, sin que sea aplicable en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Por ello este ámbito material se centra en el derecho privado patrimonial, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que estudie el asunto, o de las partes implicadas, sean públicas o privadas. Lo relevante es la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes. Se excluyen de su ámbito los litigios entre una autoridad pública y una persona de derecho privado, siempre que dicha autoridad actúe en el ejercicio del poder público, esto es, con facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares, y sea precisamente la intervención con estas facultades la que origine la relación jurídica. Con esta regulación el legislador europeo incorpora al Reglamento la propia jurisprudencia previa del TJUE<sup>7</sup>, y sitúa

<sup>5</sup> Se pueden consultar textualmente las extensas preguntas realizadas con dos subapartados las dos primeras en el párrafo 34 de la sentencia.

<sup>6</sup> En relación a la falta de definición del concepto “materia civil y mercantil” del Reglamento por parte del legislador, y su configuración como concepto autónomo de derecho europeo creado por el TJUE y que no remite al de ningún Estado miembro, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado Vol. II*, Granada, Comares, decimotercera edición, 2018. pp. 719 y 720.

<sup>7</sup> *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones” *La Ley*, año XXXIV, n° 8013, p. 4.

los litigios derivados de actividades de los estados *iure gestiones* en las que no haya incurrido en ningún momento esas facultades exorbitantes subsumibles bajo su ámbito de aplicación<sup>8</sup>.

5. En el presente supuesto se estudia si se encuentra dentro de dicho ámbito de aplicación civil o mercantil un contrato de suministro de combustible entre una organización internacional que tiene como objeto posibilitar una operación militar de la OTAN y tres empresas del sector, en el que según la resolución estudiada se acordaron las típicas cláusulas de suministro de combustible con el régimen jurídico de los acuerdos que las partes asumieron respecto al suministro y el pago del combustible, contrato en el que nada se recogía sobre ningún tipo de ejercicio de facultades exorbitantes del Estado<sup>9</sup>. Tras la celebración del contrato, y una vez trabado un embargo de una elevada cantidad económica para el aseguramiento del pago del combustible servido, es el primer momento en el que, en la solicitud de levantamiento del embargo, SHAPE invoca la inmunidad de ejecución, no antes<sup>10</sup>.

## 2. La inmunidad de ejecución de una organización internacional ante un impago

6. Ante el problema planteado la pregunta clave es clara, diáfana, y de ella se derivan varias preguntas secundarias. ¿Puede aplicarse la inmunidad de ejecución al depósito constituido por el impago de una cuantía económica derivada de un contrato de suministro del combustible? ¿Actúa la organización internacional en el uso de su *ius imperii* por requerir el suministro para una operación militar de mantenimiento de la paz? ¿El objetivo público y político de la misión militar influye de forma determinante en el objeto del contrato? La inmunidad de jurisdicción es una excepción citada en el propio artículo 1.1. del Reglamento Bruselas I bis que sitúa fuera del ámbito material del mismo a los supuestos en los que los estados actúan aplicando el *ius imperii* enmarcado en el Derecho internacional público, y tiene como límite no vulnerar la normativa internacional de derechos humanos. Este es el motivo por el que el Tribunal de apelación de los Países Bajos señaló, al revocar la resolución de primera instancia de ejecutar el embargo, que dicha decisión no vulneraba el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>11</sup>.

7. La inmunidad de jurisdicción es una institución de protección de los estados o de las organizaciones internacionales que debe alcanzar a las acciones que desarrollan directamente vinculadas a su actividad pública, de representación y actuación política sobre sus intereses, que debe limitarse a este tipo de actuaciones y aplicarse de forma restrictiva, y que se extiende a la inmunidad de ejecución. Ciertamente es que los estados y las organizaciones internacionales suelen regularla en la intención de que las relaciones internacionales sean lo más fluidas posibles, y esto suele provocar aplicaciones excesivas y criticadas por la doctrina<sup>12</sup>, e incluso la existencia de acuerdos internacionales de reconocimiento de

<sup>8</sup> Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, quinta edición, 2019, pp. 79 y 80, en el que señala diversos supuestos prácticos de la Jurisprudencia del TJUE en los que sí se aplica Bruselas I bis en demandas entre particulares y un estado.

<sup>9</sup> El régimen jurídico de estos contratos es complejo de determinar, pero si bien en él forman parte una organización internacional de derecho público y una entidad de derecho privado, el objeto del mismo dirige el acuerdo hacia la esfera del derecho privado únicamente, centrado en un suministro de combustible ordinario. Sobre la compleja realidad de la naturaleza jurídica de los contratos de las entidades públicas, vid. A. MARÍN-LÓPEZ, "El régimen jurídico de los contratos concluidos por las organizaciones internacionales con personas privadas", *AEDI*, Vol. XIV, 1988, pp. 201 a 234.

<sup>10</sup> Respecto a la trascendencia del embargo y su naturaleza civil el Tribunal Supremo de los Países Bajos también consultó de forma muy acertada qué incidencia podía tener sobre la inclusión del litigio en la «materia civil y mercantil», el hecho de que el embargo preventivo fuera autorizado en virtud de un crédito nacido de una relación contractual que constituye el objeto del procedimiento sobre el fondo.

<sup>11</sup> Párrafo 27 de la sentencia analizada. En relación a los límites de esta excepción y la prohibición a los estados de denegación de justicia o de fijar normas de competencia que favorezcan injustificadamente a una de las partes utilizando de forma extensiva la institución jurídica de la inmunidad de jurisdicción, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT (director), *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, séptima, 2020, pp. 43 y 45.

<sup>12</sup> Al respecto, véase el crítico análisis de González Vega sobre la inmunidad de ejecución según lo regulado en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales

la inmunidad entre estados que, por su amplitud, son justificadamente puestos en entredicho<sup>13</sup>. Sobre si procedía la alegación de la inmunidad de ejecución en el presente procedimiento, lo que analizaremos en el siguiente epígrafe, debemos señalar que la misma es aplicable a estados, misiones diplomáticas y organismos internacionales, y se reconoce en los trámites de exequátur, y en el proceso de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras<sup>14</sup>, y es una excepción reconocida en la generalidad de los sistemas jurídicos comparados<sup>15</sup>. Por ello, si fuese aplicable a este contrato también se le debería reconocer a SHAPE.

### 3. Contrato de suministro de combustible y depósito de garantía para una operación militar internacional, ámbito de aplicación civil y mercantil

8. El hecho debatido se centra en un contrato de suministro de combustible para los distintos medios empleados en una misión militar de seguridad en territorio extranjero. El objeto es la compra de combustible para que esos medios puedan desenvolverse en el terreno, no la finalidad última para la que después será empleado el mismo o sobre las consecuencias de la operación. Si bien la acción es militar y puede conllevar un determinado tipo de relación y responsabilidad por parte de la organización militar con los afectados, el contrato previo de suministro para llevarla a cabo no tiene directa relación con los posibles efectos de la misma, sino únicamente con la relación mercantil que desarrolle quien necesita el combustible con el suministrador. Comparando con resoluciones similares del TJUE sobre casos en los que sí era aplicable la inmunidad de jurisdicción, no estamos ante el mismo supuesto de estudio de la responsabilidad de un estado resuelto por el TJUE en su Sentencia 15 febrero 2007<sup>16</sup>, en el que el Tribunal sí excluye del ámbito de aplicación de Bruselas I bis una acción derivada a una operación militar, en este caso en la Segunda Guerra mundial, pero vinculada a los daños sufridos por terceros durante el transcurso de la misma. En efecto, en el citado supuesto, se resuelve la reclamación de los daños causados por las fuerzas armadas de un estado en el territorio de otro, en concreto se trataba de la reclamación de daños por la masacre de civiles perpetrada por soldados de las fuerzas armadas alemanas el 13 de diciembre de 1943 y de la que fueron víctimas 676 habitantes del municipio de Kalavrita (Grecia), en la que los descendientes de los asesinados reclamaban al Estado alemán. La sentencia recoge expresamente<sup>17</sup> que las operaciones de las fuerzas armadas constituyen sin lugar a dudas una de las manifestaciones características de la soberanía estatal, especialmente en la medida en que son decididas de modo unilateral e imperativo por las autoridades públicas competentes y están indisolublemente ligadas a la política

---

con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015). Vid. J.A. GONZÁLEZ VEGA, “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre inmunidades ¿juego de espejos en el callejón del gato?, *REDI*, Vol. 68, 2016, 1, pp. 90 y 91. Sobre la extensión de la regulación de la inmunidad de ejecución de la misma, el autor señala que “hace prácticamente inalcanzable la posibilidad de una indemnización pecuniaria para el particular litigante”.

<sup>13</sup> Al respecto, un análisis crítico de esta aplicación excesivamente amplia de la excepción en la aún no en vigor Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, lo encontramos en F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “La inmunidad de ejecución de los estados en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes”, *REDI*, Vol. LVIII, 2006, 2, pp. 711 a 735. Sobre la Convención y la práctica jurisprudencial española, vid. J. FERRER LLORET, “La inmunidad de ejecución de LA Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *AEDI*, Vol. XXIII, 2007, pp. 3 a 61.

<sup>14</sup> Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 65. Reconocida en España, por ejemplo, en el artículo 1.e de la ya citada Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. En derecho comparado, por ejemplo, en relación a su también excesiva aplicación en el derecho venezolano por lo prescrito en el artículo 151 de su Constitución, vid. C. MADRID MARTÍNEZ, “Contratos con el estado: el fracaso del Derecho internacional privado de los contratos, caso venezolano”, *AEDIPr*, T XVII, 2017, pp. 883 a 892.

<sup>15</sup> Sobre la inmunidad de jurisdicción analizada en el ámbito americano, vid. J.E. VARGAS Y E. RODRÍGUEZ-WEIL, “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual”, *AHLADI*, Vol. 21, 2013, pp. 511-538. Y en relación a los bancos de desarrollo, vid. A. BJÖRN, “La inmunidad de jurisdicción de los bancos multilaterales de desarrollo”, *REEI*, N° 22, 2011, pp. 1 a 31.

<sup>16</sup> Caso *Lechouritou y otros*, asunto C-292/05, ECLI:EU:C:2007:102.

<sup>17</sup> Párrafo 37, y tal y como defendió también el Abogado General en los apartados 54 a 56 de sus conclusiones.

exterior y de defensa de los estados<sup>18</sup>. Pero se refiere clara y concretamente a los efectos de la operación sobre terceros, objeto de reclamación muy diferente del contrato de suministro de combustible previo entre la organización internacional o el estado que lo requiera con unas empresas del sector para poder abastecer a los medios empleados en la operación<sup>19</sup>.

9. Y entrando a analizar concretamente si el negocio jurídico en el que la organización internacional y los particulares participan en el presente supuesto es de ámbito público o privado, y comparando con ejemplos que ya ha señalado el TJUE sobre los supuestos en los se actúa en el ámbito público recogidos en la nota 19, la sentencia de este mismo año de 7 de mayo de 2020<sup>20</sup>, establece que sí se encuentra dentro del ámbito civil y mercantil una demanda de indemnización interpuesta contra personas jurídicas de derecho privado que ejercen una actividad de clasificación y de certificación de buques por cuenta y por delegación de un estado tercero. En el supuesto, los perjudicados por el naufragio del buque Al Salam Boccaccio 98 entre los días 2 y 3 de febrero de 2006 en el mar Rojo y por el que murieron más de 1000 personas demandaron a las sociedades de clasificación y certificación Rina, responsables de las negligentes operaciones de clasificación y de certificación de buques llevadas a cabo por delegación y por cuenta de la República de Panamá para la matriculación del buque<sup>21</sup>. El Tribunal asienta, este mismo año y con solo cuatro meses de antelación con respecto a la sentencia que analizamos, que el hecho de que determinadas actividades tengan una finalidad pública (garantizar la seguridad de los pasajeros de un buque) o se realicen en interés de un estado, no constituye, en sí mismo, un elemento suficiente para calificarlas como actividades desempeñadas *iure imperii*, en la medida en que no correspondan al ejercicio de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. Y aunque las actividades de clasificación y de certificación se rijan por convenios internacionales sobre seguridad en el mar y prevención de la contaminación marítima<sup>22</sup>, las operaciones de clasificación y de certificación fueron efectuadas por las sociedades Rina a cambio de una remuneración y en virtud de un contrato mercantil de derecho privado concluido directamente por el armador del buque Al Salam Boccaccio, según el cual, los servicios prestados por las sociedades Rina consistían únicamente en acreditar

<sup>18</sup> Y concluía en su fallo que una acción judicial ejercitada por personas físicas en un Estado miembro frente a otro Estado miembro, mediante la cual se pretende obtener reparación de los daños sufridos por los derechohabientes de las víctimas de la actuación de fuerzas armadas en el marco de operaciones bélicas en el territorio del primer Estado, no está comprendida en el concepto de «materia civil» del Reglamento Bruselas I bis.

<sup>19</sup> La misma sentencia establece en su párrafo 32 que tampoco se considera ámbito material civil y mercantil el procedimiento en el que un organismo nacional o internacional de derecho público que se encarga del cobro de las tasas que debe abonar una persona de derecho privado por la utilización de instalaciones y servicios del mismo, actúa en ejercicio del poder público, en particular, cuando esta utilización sea obligatoria y exclusiva y cuando la cuantía de las tasas, las modalidades de cálculo y los procedimientos de percepción se determinen de forma unilateral para los usuarios (STJUE 14 octubre 1976, *Caso LTU*, asunto 29/76, ECLI:EU:C:1976:137). Y en su párrafo 32 que lo mismo ocurre en el supuesto de un litigio entablado por el Estado administrador de los cursos de agua públicos contra la persona legalmente responsable con el objeto de recuperar los gastos causados por la retirada de un pecio, en cumplimiento de una obligación internacional, que haya sido efectuada o mandada efectuar por el administrador en ejercicio del poder público (STJUE 16 diciembre 1980, *Caso Riffer*, asunto 814/79, ECLI:EU:C:1980:291).

<sup>20</sup> *Caso Rina*, asunto C-641/18, EU:C:2020:349.

<sup>21</sup> En el proceso, LG y otros reclaman la indemnización de los perjuicios materiales y morales derivada de la eventual responsabilidad civil de las sociedades Rina por el naufragio, alegando que en el origen del mismo se encuentran las negligentes operaciones de clasificación y de certificación del mencionado buque que las sociedades Rina llevaron a cabo, en virtud de un contrato celebrado con la República de Panamá para la obtención del pabellón de dicho Estado por el buque. Las sociedades demandadas alegan la falta de competencia del tribunal remitente invocando el principio de Derecho internacional de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, ya que las operaciones de clasificación y de certificación que llevaron a cabo se efectuaron por delegación de la República de Panamá y, consecuentemente, son manifestación de las prerrogativas soberanas del Estado delegante.

<sup>22</sup> La actividad de clasificación de buques consiste en la expedición, por parte de una sociedad de clasificación elegida por el armador, de un certificado que acredita que el buque se ha proyectado y construido con arreglo a las normas de clase establecidas por esa sociedad según los principios establecidos por la Organización Marítima Internacional (OMI). La obtención del certificado de clasificación es requisito previo para la certificación obligatoria, que tiene lugar después de que el armador haya elegido el Estado del pabellón. La actividad de certificación consiste en la expedición de un certificado obligatorio por el Estado del pabellón o, en su nombre, por alguna de las organizaciones reconocidas por aquel para llevar a cabo inspecciones, así como en la expedición de determinados documentos o certificados de conformidad con el Convenio SOLAS. Ambas actividades de clasificación y de certificación son efectuadas a menudo por una misma sociedad (al respecto, con más detalle, párrafos 41 a 45 de la resolución).

que el buque cumplía los requisitos establecidos en las disposiciones aplicables y, en caso afirmativo, en expedir los certificados correspondientes. Por todo ello estimó que las operaciones de clasificación y de certificación, como las realizadas en el buque *Al Salam Boccaccio 98* por las sociedades Rina, por delegación y por cuenta de la República de Panamá, no pueden considerarse realizadas en el ejercicio de prerrogativas de poder público en el sentido del Derecho de la Unión, y se encuentran dentro del concepto de «materia civil y mercantil» del Reglamento Bruselas I bis<sup>23</sup>.

**10.** En nuestro supuesto, el contrato de suministro de combustible para poder asistir a los recursos empleados en la operación militar, en todo caso es un contrato o transacción mercantil, de ámbito privado, en el que la organización internacional adquiere un combustible a empresas del sector por un determinado precio, que se comprometen a surtirlo y por el que la organización militar se compromete a pagar su precio. Estamos, por ello, ante una relación jurídica de derecho privado entre los suministradores y SHAPE, en el marco de la cual ambas han asumido derechos y obligaciones libremente aceptados. El hecho de que las actividades tengan una finalidad pública (la acción militar de mantenimiento de la paz) o que se realice a través de una organización militar internacional, no constituye en sí mismo, al igual que en el caso Rina, un elemento suficiente para calificarlas como actividades desempeñadas *iure imperii*, en la medida en que el contrato de suministro no se encuadra en el ejercicio de poderes exorbitantes de la organización militar ni a prerrogativas de poder público en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. Se enmarca en una relación privada similar a cualquier otro suministro de combustible de las realizadas habitualmente por las suministradoras. Este supuesto, por ello, es para nosotros una excepción al principio de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, bien interpretado por el TJUE que acertó en su resolución final, y que incluso también se debería encuadrar, en nuestro ordenamiento jurídico, en el supuesto de exención de la inmunidad recogida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 16/2015, cuando establece que; “El Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles en relación con procesos relativos a transacciones mercantiles celebradas por dicho Estado con personas físicas o jurídicas que no tengan su nacionalidad”<sup>24</sup>.

**11.** También se encuadraría dentro del concepto de transacción privada de la Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que, si bien no ha entrado en vigor, desde luego es un elemento de análisis de interés para la configuración del actual supuesto. La misma, en su artículo 2.1.c, considera “transacción mercantil”: “i) todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; (...) iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo”. Y desde luego aun siendo el contrato BOA (*Basic Ordering Agreements*) un contrato complejo, se debe asimilar al de la prestación de un servicio de suministro de combustible, que en absoluto tiene directa relación con el ejercicio de facultad exorbitante alguna. Y, sobre el segundo contrato suscrito por las partes, si esa es la consideración del contrato de suministro, el embargo posterior del depósito acordado para el aseguramiento del

<sup>23</sup> Otros supuestos también considerados dentro de este concepto de materia civil y mercantil en el que intervenían estados u organizaciones internacionales fue, por ejemplo, las reclamaciones de un estado a un particular por los daños de un fraude fiscal basadas no en normativa de Derecho fiscal, sino en las acciones de responsabilidad civil (STJUE 12 setiembre de 2013, *Caso LTU*, asunto 49/12, ECLI:EU:C:2013:545). Misma doctrina aplican los Tribunales españoles. Por ejemplo, la STC 107/1992, 1 julio 1992, ECLI:ES:TC:1992:107, que considera no aplicable la inmunidad de jurisdicción ni de ejecución a las deudas surgidas por la prestación salarial de una empleada de la embajada de Sudáfrica en España. En el mismo sentido, respecto a empleado de la embajada de Guinea Ecuatorial en España, la STS 143/1986 10 febrero 1986, ECLI: ES:TS:1986:10867. Sobre la inmunidad de jurisdicción en nuestra jurisprudencia, *vid.* F.J. CABRERA HERNÁNDEZ, “La inmunidad de ejecución de los estados en la práctica jurisprudencial española”, *AEDI*, Vol. XXIII, 2007, pp. 63 a 99.

<sup>24</sup> *Vid.* J. FERRER LLORET, “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho? Una valoración provisional” *REDI*, Vol. 68, 2016, 1, pp. 75 a 77. Sobre la configuración de la transacción mercantil como excepción, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales”, *CDT*, vol. 3, nº 1, pp. 155-178, y C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *CDT*, Vol. 8, nº 2, pp. 5 a 33, p. 14.

pago de las cuantías adeudadas tiene el mismo carácter civil y mercantil que deriva del primer contrato<sup>25</sup> suscrito entre los suministradores y SHAPE<sup>26</sup>. De hecho, podemos señalar que la propia existencia del depósito denota el carácter privado de la relación entre las partes, y el aseguramiento por parte de la organización internacional del cumplimiento de sus obligaciones económicas de pago de lo debido dentro de este ámbito únicamente privado. La posterior alegación de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución por la organización internacional para evitar la eficacia de la ejecución de las obligaciones a las que se sometió y que garantizó a la contraparte en el contrato a través de la constitución del depósito supone una quiebra a la naturaleza privada del contrato de suministro sobre el que incumplió sus obligaciones de pago.

### III. Embargo del depósito y competencia exclusiva en Bruselas I bis

#### 1. Las competencias exclusivas en materia de ejecución

12. El segundo de los aspectos analizados en la sentencia del TJUE, lateral al esencial de la inmunidad de jurisdicción y ejecución ya tratado, es el de la competencia exclusiva de la ejecución regulado en el artículo 24.5 del Reglamento Bruselas I bis, cuando señala que son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, en materia de ejecución de las resoluciones judiciales, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de ejecución<sup>27</sup>. Consultaba el Tribunal Supremo de los Países Bajos si el hecho de que hubiese sido el Tribunal belga en Bruselas el que se había pronunciado inicialmente sobre la traba del embargo, no provocaba una competencia exclusiva en el sentido de que solo el mismo Tribunal podía conocer sobre la solicitud de levantamiento de dicho embargo, y en tal circunstancia los Tribunales de los Países Bajos deberían haberse abstenido de conocer sobre el mismo, y trasladar la decisión de dicho levantamiento al Tribunal belga.

13. Al respecto de la interpretación del carácter exclusivo de esta competencia el TJUE ha resuelto igualmente en el sentido de que dicha exclusividad de ejecución debe ser interpretada restrictivamente<sup>28</sup>, nunca de forma extensiva, debiendo interpretar el grado de proximidad de la ejecución con el procedimiento de forma estricta. Así, por ejemplo, en un supuesto de acción de oposición ejercitada por un acreedor disconforme con el reparto del producto obtenido con la subasta judicial de un inmueble, mediante la que se solicita, por una parte, que se declare que un crédito concurrente ha dejado de existir por haberse compensado y, por otra, que la constitución de la garantía real para asegurar dicho crédito es nula, el Tribunal declaró que el supuesto no es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre el inmueble ni de los órganos jurisdiccionales del lugar de ejecución forzosa, y dicha acción puede ser resuelta por los Tribunales de otro Estado miembro<sup>29</sup>. El sentido de esta competencia exclusiva se centra en el especial interés del legislador por

---

<sup>25</sup> Toda vez que la inclusión de una medida cautelar como es la traba del depósito en el ámbito civil y mercantil del Reglamento Bruselas I bis no depende de la naturaleza de la medida, sino de los derechos que garantiza respecto al fondo, y en este supuesto garantizaba los derechos de cobro respecto al contrato privado de suministro (entre otras, STJUE 26 marzo de 1992, *Caso Reichert y Kockler*, C-261/90, EU:C:1992:149, apartado 32).

<sup>26</sup> El mismo esquema ya descrito a lo largo del trabajo se debe aplicar en el caso de la inmunidad de jurisdicción o de ejecución de una organización internacional, que tiene su fundamento en el Tratado internacional que la constituyó, que en el de la del Estado la tiene en el principio *par in parem non habet imperium* (un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro Estado).

<sup>27</sup> Sobre la extensión de dicho carácter exclusivo, *vid.* C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHÍGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, decimocuarta edición, 2020, pp. 133 y 134.

<sup>28</sup> Sobre dicha jurisprudencia y sus consecuencias, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Cívitas, décima edición, 2018, p. 78.

<sup>29</sup> *Vid.* STJUE 10 julio 2019, *Caso Reitbauer*, asunto C-722/17, ECLI:EU:C:2019:557, párrafo 55, en el que establece que, toda vez que los actores no impugnaban los actos de las autoridades encargadas de la ejecución forzosa en sí mismos, la acción no presenta con dicha ejecución el grado de proximidad necesario para justificar la aplicación de la norma de competencia exclusiva prevista en el artículo 24, punto 5, del Reglamento Bruselas I bis.

preservar a la jurisdicción de los tribunales de un Estado conocer determinados supuestos, por la vinculación con el mismo, que es únicamente de este Estado, hasta tal punto que no reconocerían ninguna resolución de un tercer Estado<sup>30</sup> que hubiese dictado resolución previa vulnerando esta competencia exclusiva<sup>31</sup>. Todo ello por la vinculación que existe entre el supuesto de hecho concreto y el Estado en el que se ejecuta la acción.

## 2. Embargo de depósito en Estado miembro distinto del tribunal del foro, competencia no exclusiva

14. Asentada esta interpretación del grado de proximidad necesaria para considerar la competencia exclusiva para la ejecución<sup>32</sup>, podemos observar que en este supuesto no estamos en absoluto ante un grado de proximidad tal con la ejecución del embargo que provoque que solo el Tribunal belga podría conocer de todas las acciones ocurridas con el embargo tras su ejecución. El embargo se ejecuta en Bélgica porque SHAPE deposita el dinero de garantía del pago en el banco BNP Paribas de Bruselas, al igual que lo podía haber depositado en cualquier otro lugar. La relación con Bruselas es obligada por ser la sede del banco, pero únicamente se relaciona con él por este motivo. Muy al contrario, existen tantos o más vínculos de proximidad con Países Bajos por ser la sede de SHAPE en la que esta opera, el lugar del origen de la controversia y en el que se desarrolla el procedimiento que da como resultado el embargo posterior. Por otro lado, como vimos anteriormente, en el proceso en los Países Bajos, SHAPE no ataca únicamente la medida de embargo preventivo tomada por el tribunal belga, sino que solicita al órgano judicial de Países Bajos que declare la inmunidad de jurisdicción y ejecución en todo el proceso, y derivado de ella levante la medida del embargo preventivo acordado previamente por él mismo en un procedimiento sin carácter contradictorio y que se ha ejecutado en un tercer país, prohibiendo también que se inste en el futuro nuevos embargos. Este procedimiento inicial holandés no guarda relación con el embargo belga, no depende de él. Todo lo contrario, es el embargo belga el que se inicia ejecutando la resolución holandesa, por lo que la acción de la revocación de la decisión holandesa no está afectada por el carácter exclusivo de la ejecución llevada a cabo en Bélgica.

15. La duda le surge al Tribunal de los Países Bajos por varios motivos, pero el más sustancial lo situamos en el hecho de que SHAPE hubiese invocado la inmunidad de ejecución<sup>33</sup>. Sin embargo, ya expusimos con claridad que la inmunidad de ejecución no se puede considerar el elemento esencial de análisis en la relación entre las partes, sino que lo es la relación acordada entre ellos, que en este supuesto debemos vincular con claridad al ámbito civil y mercantil. Y a dicha acción relacionada con el levantamiento del embargo realizado en Bélgica, que trae causa de la acción privada que vincula a las partes iniciada en Países Bajos por ser la sede de SHAPE y donde se firmó el acuerdo, no le es aplicable la competencia exclusiva del artículo 24.5 del Reglamento Bruselas I bis respecto a los tribunales belgas según su naturaleza y la jurisprudencia del TJUE que lo ha concretado. Otra situación distinta será, en el futuro, una vez resuelto este procedimiento, la del levantamiento o nueva traba de hecho del embargo del dinero depositado en el BNP Paribas de Bruselas, que se debería realizar ejecutando una hipotética

<sup>30</sup> Vid. M. GUZMÁN ZAPATER (directora), *Lecciones de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 101.

<sup>31</sup> Vid. C. CARRILLO LERMA, "Competencias exclusivas en materia civil y mercantil y libre circulación de decisiones en el espacio judicial", *CDT*, Vol. 6, Nº 2, pp. 304-314, p. 313, analizando la STJUE 3 abril 2014, *caso Weber c. Weber*, Asunto C-438/12, ECLI:EU:C:2014:212.

<sup>32</sup> Porque, tal y como ya ha asentado el TJUE el artículo 24.5 comprende las acciones dirigidas a que se resuelva un litigio relativo al recurso a la fuerza, al apremio o a la desposesión de bienes muebles e inmuebles para garantizar la efectividad material de las resoluciones y de los actos (entre otras STJUE 10 julio 2019, *Caso Reithbauer* y otros, C-722/17, EU:C:2019:577, apartado 52).

<sup>33</sup> Toda vez que duda sobre si son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se ha ejecutado un embargo preventivo contra una organización internacional son quienes están en la mejor posición para apreciar si el embargo es contrario a la inmunidad de ejecución invocada por esta organización con fundamento en un tratado o en el Derecho internacional consuetudinario que vincula a ese Estado miembro.

futura resolución holandesa ante el Tribunal belga sede del banco<sup>34</sup>, ejecutando esa otra nueva resolución de los Tribunales de los Países Bajos<sup>35</sup>.

#### IV. A modo de conclusión, enmarcando la inmunidad de ejecución

16. La inmunidad de jurisdicción y de ejecución es una institución del Derecho internacional público de gran importancia para el correcto desenvolvimiento de la acción habitual de los estados en la defensa de sus intereses públicos. Está basada, en el caso de los estados, en el principio *par in parem non habet imperium* (un estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro estado), y en el caso de las organizaciones internacionales, en el Tratado internacional que la constituyó. Sin embargo, hemos analizado que no es infrecuente que los estados y las organizaciones internacionales en ocasiones abusen de la misma para intentar evitar las consecuencias privadas de sus actos, tanto en la legislación nacional e internacional como en los supuestos prácticos concretos.

17. En 2020 el TJUE ha continuado delimitando en dos ocasiones cuándo se aplica esta inmunidad de jurisdicción y cuándo no y por lo tanto las acciones de estados y organizaciones internacionales están dentro del ámbito de aplicación material civil y mercantil del Reglamento Bruselas I bis. Un contrato suministro de combustible para una operación militar celebrado entre una organización militar y un grupo de empresas suministradoras, aunque esté finalmente destinado al fin público de la operación, en su propia naturaleza es privado, y como tal se debe entender dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. El posterior contrato de depósito de una cuantía económica celebrado entre ambas partes con el fin de asegurar el pago de las cuantías debidas por el contrato de suministro también tiene dicha naturaleza. Por último, igualmente tiene naturaleza civil y mercantil el contrato de clasificación y certificación de buques ejecutados por una sociedad privada con el armador del buque a cambio de remuneración, aunque se realicen por delegación y por cuenta de un estado.

18. El acuerdo de traba o de levantamiento de un embargo de un depósito monetario acordado por un Tribunal de un Estado miembro, pero ejecutado por los Tribunales de otro Estado miembro distinto en el que tiene el domicilio el banco en el que está depositado el dinero, no supone una competencia exclusiva de este otro Estado miembro de ejecución. Esta falta de consideración de foro de competencia exclusiva se produce toda vez que la ejecución del embargo trae causa de un negocio jurídico privado anterior y el grado de proximidad de la ejecución con el país de depósito del dinero no es tal que provoque la consideración de un foro exclusivo con preferencia al del Tribunal del Estado miembro que acordó inicialmente el embargo.

---

<sup>34</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado Vol. II*, op. cit., pp. 744 y 745, que señalan que el artículo 24.5 solo es aplicable al proceso de ejecución propiamente dicha de una decisión judicial, no sobre la base sobre la que se asienta dicha ejecución.

<sup>35</sup> Problema distinto en el que no podemos entrar por no ser objeto del presente trabajo sería la posible admisión por el Tribunal del Estado miembro ejecutante de la orden, atendiendo a la naturaleza jurídica de dicho embargo y su posible incompatibilidad con principios esenciales de su ordenamiento jurídico, como podría ocurrir en algunos supuestos con ciertas figuras jurídicas del derecho anglosajón. Sobre dicha interesante cuestión práctica, Vid. J. ZARZALEJOS HERRERO, “La orden de embargo preventivo extraterritorial en Derecho inglés”, *CDT*, Vol. 11, N° 1, pp. 603-626.

COMPETENCIA PARA LA MODIFICACIÓN DE SENTENCIAS  
EXTRANJERAS DE MEDIDAS YA RECONOCIDAS EN ESPAÑA  
Y TRASCENDENCIA DE LA VALORACIÓN JUDICIAL DE  
TRADUCCIONES CONTRADICTORIAS, A PROPÓSITO DE LA  
SENTENCIA DE LA AP BARCELONA 10 ENERO 2020\*

JURISDICTION FOR THE MODIFICATION OF FOREIGN  
JUDGMENT MEASURES ALREADY RECOGNIZED IN SPAIN  
AND TRASCENDENCE OF THE JUDICIAL ASSESSMENT OF  
CONTRADICTORY TRANSLATIONS, CONCERNING THE  
JUDGMENT OF AP BARCELONA JANUARY 10, 2020

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN\*\*

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria  
ORCID ID: 0000-0001-6340-0528*

Recibido: 16.12.2020 / Aceptado: 12.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6013>

**Resumen:** En el presente trabajo analizamos diversos aspectos procesales de gran interés resueltos por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10 enero 2020. En primer lugar, la competencia para la modificación de una resolución judicial extranjera de medidas respecto a un menor, ya reconocida en España, en la que sigue ostentando competencia judicial internacional el lugar de residencia habitual del menor en aplicación de Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental y el Reglamento 4/2009. En segundo lugar, las exigencias de la consideración de la rebeldía establecidas en el Convenio bilateral entre Marruecos y España de 1997. Y, por último, y especialmente interesante por sus efectos, la valoración judicial de las traducciones contradictorias de las sentencias extranjeras.

**Palabras clave:** ejecución resolución extranjera, modificación de medidas, rebeldía, traducción contradictoria.

**Abstract:** In this paper we analyze various procedural aspects of great interest resolved by the sentence of the Provincial Court of Barcelona January 10, 2020. First, the competence for the modification of a foreign judicial resolution of measures regarding a minor, already recognized in Spain, in which the minor's place of habitual residence continues holding international jurisdiction in application of the 1996 Hague Convention on parental responsibility and the Regulations 4/2009. Secondly, the requirements for the consideration of rebellion contained in the Bilateral Agreement of 1997 between Morocco and Spain. And, finally, and especially interesting for its effects, the judicial assessment of the contradictory translations of foreign judgments.

**Keywords:** execution of foreign resolution, modification of measures, rebellion, contradictory translation.dolupta

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I: "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, con la referencia DER2017-86017-R.

\*\* [lucas.perez@ulpgc.es](mailto:lucas.perez@ulpgc.es)

**Sumario:** I. Los hechos, divorcio consensual marroquí, modificación de medidas y traducciones contradictorias. II. Aspectos procesales, competencia de la modificación de medidas y rebeldía. 1. Competencia para la modificación de medidas ya reconocidas en España. 2. La rebeldía en el Convenio Bilateral España - Marruecos de 1997. III. La trascendencia de la interpretación de traducciones contradictorias. 1. La olvidada importancia de la traducción en el derecho internacional privado. 2. Traducción y valoración judicial. IV. Conclusiones.

## **I. Los hechos, divorcio consensual marroquí, modificación de medidas y traducciones contradictorias**

1. Los hechos que motivan la presente resolución se inician con la solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia marroquí de modificación de medidas el 1 de agosto de 2018, si bien tienen su verdadero origen con anterioridad. Los cónyuges parte en el proceso, con doble nacionalidad, española y marroquí según la resolución, viven cuando se inicia el procedimiento, en Tánger él y entre Barcelona y Tánger, según la temporada del año, ella. Tienen un hijo nacido en 1999 que vive en dicho momento con el padre en Tánger. Los litigantes están divorciados según Acta de Divorcio Consensual de 16 de mayo de 2013 celebrado ante los tribunales de la ciudad marroquí<sup>1</sup>. En dicho procedimiento acordaron la guarda del menor por parte de la madre y una cuantía por alimentos a favor del hijo a abonar por el padre<sup>2</sup>. En dicho momento los tres vivían en Barcelona, y el divorcio consensual se reconoció en España mediante proceso al efecto en 2016, inscribiéndose en el Registro Civil español.

2. En fecha que no acredita la sentencia, pero que debió acaecer durante el año 2016, el padre y el menor (en ese momento con entre 16 y 17 años), se desplazan a Tánger. El padre inicia un procedimiento de modificación de medidas en dicha ciudad, que finaliza mediante Sentencia de 2 de marzo de 2017, que otorga la guarda del hijo al padre y deja sin efecto los alimentos establecidos en sentencia de 2013. En fecha también indeterminada la madre inició en España un procedimiento penal por impago de pensiones y de ejecución de la entrega del menor. Presentada la demanda de reconocimiento y ejecución de la sentencia de marzo de 2017, dicho procedimiento se paralizó por prejudicialidad penal<sup>3</sup>.

3. Para centrar las situaciones conflictivas que protagonizan el presente trabajo señalaremos que una vez solicitado el reconocimiento y ejecución de la sentencia de modificación de medidas la demandada se opuso al exequatur impugnando la traducción jurada, que considera insuficiente. Por otro lado, alegó la aplicabilidad del artículo 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional<sup>4</sup>, impugnando el procedimiento por falta de competencia ya que, con nacionalidad española de ambos, afirmó que la competencia para la modificación de efectos de sentencia era exclusiva de los Tribunales españoles,

---

<sup>1</sup> El divorcio consensual regulado en la Mudawana marroquí permite a los cónyuges regular su crisis familiar según los acuerdos entre ambos, por lo que la propia resolución lo asimila en el antecedente de hecho primero a un convenio regulador. Una visión general del divorcio y sus distintos tipos en las leyes de familia de los países árabes se puede consultar en C. RUIZ-ALMODÓVAR, "El divorcio en las leyes de familia de los países árabes", *MEAH*, Sección árabe-islam, 55, 2006, pp. 323-337. Se puede consultar una visión general del divorcio en el Código marroquí de familia, la Mudawana, y sus efectos en M. D. ORTÍZ VIDAL, "El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho marroquí en la UE", *CDT*, Vol. 6, 2014, Nº 2, pp. 201-244.

<sup>2</sup> Sobre la relación entre la tutela del padre y el derecho de Hadana y guarda de la madre en el Derecho privado islámico, *vid.* P. MANDIROLA BRIEUX, *Introducción al Derecho Islámico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 111.

<sup>3</sup> La cercanía entre España y Marruecos y la movilidad entre dos orillas provoca conflictos con resoluciones de distintos orígenes y jurisdicciones en no pocas ocasiones, en los que es protagonista la numerosa colonia marroquí en Cataluña. Muchos son los ejemplos, uno de ellos, por ejemplo, no el único que citaremos en este trabajo, se analiza en, C. CARRILLO LERMA, "Divorcio en España entre Cónyuges marroquíes: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 diciembre 2014", *CDT*, Vol. 7, 2015, Nº 2, pp. 413-419. Sobre la aplicación de la Mudawana, y su relación con el orden público español, tema de enorme interés, pero sobre el que no podemos detenernos por no ser objeto del presente trabajo, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN, "La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional", *CDT*, Vol. 10, 2018, Nº 1, pp. 144-163.

<sup>4</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31/07/2015 (en adelante LCJI). El artículo 46 recoge las causas de denegación del exequatur.

denunciando también indefensión, negando haber comparecido ante el Tribunal marroquí y que se le notificara la sentencia en ningún momento. Por último, dio cuenta que existe procedimiento de ejecución de sentencia por impago de pensiones, y afirmó que la acción no era más que un fraude procesal para evitar el pago al que estaba obligado el padre.

4. El Auto de primera instancia recurrido, de fecha 22 de enero de 2019, admitió la ejecución, entendiendo que la sentencia marroquí cumple con los requisitos del art. 399 LEC y 54.4 y 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y reconoció su eficacia civil, produciendo efectos de cosa juzgada desde la fecha de dicho Auto. En la apelación la demandada insistió en sus argumentos de primera instancia, añadiendo que la retroacción de los efectos económicos establecida en la sentencia marroquí es contraria a Derecho, refiriendo por ello infracción de orden público, lo que estudiaremos de forma monográfica en el último epígrafe del presente trabajo.

## II. Aspectos procesales, competencia de la modificación de medidas y rebeldía

5. Con estos planteamientos nos centraremos en el presente epígrafe en los dos debates vinculados al origen del proceso y que preceden al aspecto de fondo que interrelaciona la traducción con el orden público y que estudiaremos en el siguiente epígrafe. En primer lugar, analizaremos las alegaciones de las partes respecto a la competencia judicial internacional del procedimiento de ejecución de medidas iniciado en 2017, al que se le aplican regímenes jurídicos variados por la naturaleza de la acción ejercitada. Tras ello debemos también estudiar la alegación de la madre respecto a la rebeldía en el que alega incurrió el procedimiento marroquí por no haberse personado en los autos, por la que pide la no ejecución de la sentencia.

### 1. Competencia para la modificación de medidas ya reconocidas en España

6. En primer lugar, la Sala considera no cuestionado por ninguna de las partes, ni lo hace ella misma, la competencia judicial española para el reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera, toda vez que, como vimos en el relato de los hechos, la misma despliega indudables efectos en España y la resolución que modifica ya había sido reconocida en nuestro país<sup>5</sup>. El debate se centra en la competencia de la acción de modificación de medidas respecto al menor, ya que la madre alegó que para la acción de modificación de los efectos de la sentencia consensual de divorcio ya reconocida en España eran únicamente competentes los Tribunales españoles, con exclusión de los marroquíes, por la nacionalidad de las partes y porque la sentencia anterior ya estaba reconocida y desplegaba efectos en nuestro país. La demanda de modificación contiene dos acciones, la de la guarda y custodia del menor y la de la reclamación de alimentos, que estudiaremos por separado y posteriormente interrelacionaremos.

7. En relación a la acción relativa a la guarda y custodia, el momento en el que se produce la modificación de medidas con el divorcio ya consumado, el menor vivía en Tánger con su padre. La madre vivía de forma alternativa entre Tánger y Barcelona sin que de los datos de la resolución podamos derivar cuánto tiempo vivía en una y en otra y con qué propósito, y por lo tanto el lugar de concreción de su residencia habitual. En tales circunstancias, y sin residencia habitual ni del padre ni del hijo en España, el régimen jurídico aplicable a la determinación de la competencia judicial internacional a la acción de modificación de medidas sobre la guarda y custodia del menor sería el régimen interno si no existiese Convenio internacional firmado por las partes, toda vez que no es aplicable el régimen euro-

---

<sup>5</sup> La competencia para el reconocimiento y ejecución de las sentencias la tienen los tribunales españoles en aquellos asuntos que pueden desplegar efectos en el ordenamiento jurídico interno según lo regulado en los Reglamentos europeos que regulan la materia respecto a las resoluciones de Estados miembros de la Unión Europea y, respecto a sentencias de países terceros, como es el caso, por lo regulado en el Título V de la LCJI, artículos 41 a 61. Respecto a las resoluciones susceptibles de ejecución en España en materia civil y mercantil y sus efectos, desde una perspectiva general, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, quinta edición, 2019, pp. 247 a 249.

peo<sup>6</sup>. Pero dicho Convenio existe. El Convenio de La Haya de 1996<sup>7</sup> relativo a la responsabilidad parental sobre medidas de los menores estaba vigente en el año 2017 tanto en España como en Marruecos<sup>8</sup>, y era el régimen aplicable a la competencia judicial de la acción por lo establecido en su artículo 3.b, que establece que se aplica a la responsabilidad parental, que incluye las decisiones sobre el ejercicio del derecho relativo al cuidado del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita. Esta era la primera acción ejercitada, la del derecho de custodia del menor como plasmación del ejercicio de la patria potestad. En dicho momento el Convenio le era aplicable al menor según lo dispuesto en su artículo 2, toda vez que aún no había cumplido los 18 años. El citado instrumento jurídico establece en su artículo 5.1 con total claridad que la competencia para el conocimiento de estas acciones es la del estado de la residencia habitual del niño<sup>9</sup>. E incluso, en caso de un cambio de residencia habitual, que aquí se había producido con anterioridad al inicio del procedimiento de modificación de medidas de España a Marruecos, le otorga la competencia también a las autoridades del estado de la nueva residencia habitual<sup>10</sup>. La Audiencia Provincial no citó este régimen jurídico para decidir sobre la falta de competencia, remitiéndose directamente al artículo 22 *quater* 3 de la LOPJ y al Reglamento de alimentos únicamente<sup>11</sup>. A nuestro juicio, esta falta de referencia al citado instrumento convencional supone un error, toda vez que la acción solicitaba el doble pronunciamiento, el de la modificación de la guarda y custodia y la cuantía vinculada al derecho de alimentos.

8. Por si esta regulación no fuese suficiente para negar la competencia exclusiva de los tribunales españoles respecto a esa acción, el artículo 45.1 de la Ley de Cooperación Jurídica internacional establece que una resolución extranjera *podrá* ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título<sup>12</sup>. Esta regulación faculta a la modificación de la resolución, añadimos nosotros, siempre que los tribunales españoles fuesen competentes según la normativa aplicable para ello, y otorga una competencia que faculta a los Tribunales españoles que puedan llevar a cabo dicha modificación, pero que en ningún caso les otorga una competencia judicial internacional exclusiva. Mucho menos en caso de que el menor, como ocurría en el presente supuesto, viviese fuera de España. El artículo ha sido criticado por la doctrina, que en dicho análisis expresamente ha señalado que dicha competencia en absoluto es exclusiva de España y que es concurrente con la competencia del país de origen de la resolución<sup>13</sup>. También, nuestro régimen jurídico interno ha regulado en el artículo 775 de la

<sup>6</sup> Ya se pronunció al respecto en un supuesto similar de un divorcio sirio el TJUE en su Auto 12 mayo 2016, asunto C-281/15, Caso *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*, ECLI:EU:C:2016:343. En él un nacional doble nacional sirio y alemán solicitaba un reconocimiento de un divorcio privado sirio ante los tribunales alemanes, y el TJUE declaró no aplicable la regulación europea si la legislación alemana no se remitía a la europea, lo que no hacía. Tampoco el artículo 22 *quater* 3 de la LOPJ se remite expresamente ella. Al respecto, *vid.* C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercero estado: asunto C-281/15 Soha Sahyouni y Raja Mamisch”, *CDT*, Vol. 9, 2017, Nº 2, pp. 629-634.

<sup>7</sup> Convenio 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, BOE núm. 291, 2 diciembre 2010,

<sup>8</sup> Convenio vigente en Marruecos a partir de 1 de diciembre de 2002 y en España a partir del 1 de enero de 2012, y aplicable para determinar la competencia judicial internacional en el presente supuesto. Respecto al estado actual del Convenio, *vid.* <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

<sup>9</sup> Un análisis detallado de distintos aspectos relacionados con esa residencia habitual y los foros relacionados con ella en el Convenio lo podemos ver en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado Vol. II*, Granada, Comares, decimotercera edición, 2018. pp. 455-459.

<sup>10</sup> Un excelente trabajo sobre la relación entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1996 según lo dispuesto por el artículo 61 del Reglamento en los supuestos en los que los menores residen fuera de la Unión Europea, pero alguno de sus progenitores ejercientes de la patria potestad en un Estado miembro, lo podemos encontrar en, M. HERRÁNZ BALLESTEROS, “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en VARIOS AUTORES, *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación, libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, IPROLEX, 2020, pp. 401-410.

<sup>11</sup> El Convenio no es aplicable a los alimentos por la expresa exclusión de su ámbito de aplicación del artículo 4.e, por lo que al respecto sería de aplicación lo regulado en el Reglamento 4/2009, sobre lo que volveremos a continuación.

<sup>12</sup> Su apartado segundo también da opción a la parte a plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles

<sup>13</sup> *Vid.* J. M. ESPINAR VICENTE y J. I. PAREDES PÉREZ, “Análisis crítico del artículo 45 de la ley 19/2015: resoluciones extran-

Ley de Enjuiciamiento Civil que tanto el Ministerio Fiscal como los cónyuges podrán instar del tribunal que acordó las medidas definitivas la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo. Si bien el artículo ha recibido claras críticas al respecto de teóricos y prácticos del derecho<sup>14</sup>, nos lleva a la misma conclusión contraria a las alegaciones de la demandada, y toda vez que el tribunal que acordó las medidas no era español, y no había vinculación directa en ese momento del menor con España<sup>15</sup>, la competencia no es la española.

**9.** Sobre la acción de alimentos, argumenta erróneamente la sentencia analizada que artículo 3 del Reglamento 4/2009 de alimentos<sup>16</sup> remite a la ley del foro para determinar el órgano judicial competente, y tras ello estudia el contenido del artículo 22 *quater* 3 para analizar la competencia española. El Reglamento de alimentos aplica sus normas independientemente del domicilio del demandado, con una vocación de plenitud, por lo que, en las reclamaciones de alimentos, las normas de competencia de la LOPJ deben quedar descartadas para el conocimiento del estado competente<sup>17</sup>. El artículo 3, lo que sí que hace en sus sucesivas letras, es establecer un régimen de foros alternativos plenamente disponibles para el demandante, fijados en el foro de la residencia habitual del demandado o del acreedor, o del que conozca la demanda principal a la que la reclamación de alimentos sea accesoria, que puede ser la demanda de responsabilidad parental, cuya competencia ya vimos en anteriormente que en este procedimiento era Marruecos. En ningún caso establece un foro exclusivo a favor del estado en el que una sentencia de alimentos extranjera hubiese sido ya reconocida. El Reglamento por supuesto no nos señala que Marruecos sea competente, lo que dependerá de la legislación procesal marroquí, pero lo que desde luego no regula en ningún caso es que España fuese competente en exclusiva, por no ser la residencia habitual del acreedor de alimentos y ser la residencia esporádica de la madre<sup>18</sup>.

**10.** Y de hecho, para acabar este análisis, podemos señalar que, si bien el Reglamento no es aplicable en Marruecos, como tampoco están vigentes en el país vecino ni el Convenio de La Haya de alimentos de 2007 ni el Protocolo de la misma fecha<sup>19</sup>, si estuviésemos ante el debate de la competencia entre dos tribunales europeos, lo que sí que hace el Reglamento en su artículo 8 es limitar las demandas sucesivas de revisión o modificación de los alimentos fijándolas al Estado miembro de la residencia del

---

jas susceptibles de modificación”, *AEDIPr*, T XVII, 2017, pp. 507-531, p. 530. En su análisis exponen expresamente. que la sentencia, para poder ser modificable en España, antes debe serlo en el país de origen según sus normas procesales. Al respecto, también, *vid.* J. I. PAREDES PÉREZ, “Reconocimiento y ejecución de pronunciamientos vinculados a la crisis matrimonial”, M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRANZ BALLESTEROS (Directoras), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 591-647.

<sup>14</sup> Sobre la visión más práctica *vid.* Y. DUTREY, *¿Cómo es la competencia judicial internacional en la modificación de medidas en materia de menores?*, Conflegal, en <https://conflegal.com/20170923-como-es-la-competencia-judicial-internacional-en-la-modificacion-de-medidas-en-materia-de-menores/>.

<sup>15</sup> Un interesante estudio que analiza los criterios que pueden concretar la vinculación del menor, si bien en el nuevo Derecho europeo, lo podemos ver en M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento 2019/111”, *REDI*, Vol. 72, 2020, Nº 1, pp. 143-162, pp. 155-159.

<sup>16</sup> Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7/1 de 10 de enero de 2009.

<sup>17</sup> *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER (directora), *Lecciones de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 455.

<sup>18</sup> Respecto a un caso resuelto por nuestro Tribunal Supremo en el que España sí era competente por ser el domicilio de la acreedora de alimentos, *vid.* M. J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019”, *CDT*, Vol. 12, 2020, Nº 1, pp. 763-775. También resolvió en mismo sentido, estableciendo una competencia concurrente en un asunto similar en una modificación de medidas de una sentencia dictada en Estados Unidos, la STC 13 abril 2000, ECLI:ES:TC:2000:61.

<sup>19</sup> Como la gran generalidad de los países en los que se aplica el derecho privado islámico, Marruecos no ha suscrito ni el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia (*vid.* <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=131>) ni el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias (*vid.* <https://www.hcch.net/index.cfm/es/instruments/conventions/status-table/?taal=es&cid=133>).

acreedor si fue el que dictó la primera resolución y este aún sigue viviendo allí<sup>20</sup>, justo lo ocurrido en este supuesto respecto a Marruecos<sup>21</sup>.

## 2. La rebeldía en el Convenio Bilateral España - Marruecos de 1997

11. Alega la esposa en su oposición al reconocimiento de la resolución que la misma fue dictada en rebeldía, negando haber comparecido ante el tribunal marroquí y que se le notificara la sentencia. El régimen jurídico de la rebeldía alegado por la misma, el del artículo 46 de la Ley de Cooperación Judicial, no es el aplicable a este supuesto, ya que al respecto hay Convenio internacional con aplicación preferente a la misma, en concreto el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos<sup>22</sup> que veremos a continuación. La denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas en rebeldía tiene como fundamento la dimensión procesal del orden público, en la intención de proteger los derechos de defensa de las partes<sup>23</sup>, con las exigencias recogidas en nuestro ordenamiento jurídico tanto en la normativa interna como europea como convencional que han sido desarrolladas y concretadas por nuestros Tribunales<sup>24</sup>.

12. El Convenio hispano – marroquí, en sus artículos 22 y 23 exige que la sentencia de la que se solicita su reconocimiento para que logre la autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en España cumpla varios requisitos, y entre otros<sup>25</sup> exige que las partes hayan sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes. Así pues, el tribunal requerido puede analizar de oficio el correcto control de las garantías procesales de las partes en el procedimiento de origen, en este caso el de modificación de medidas resuelto por la sentencia de 2 de marzo de 2017, y en el caso de no cumplirse estas garantías no debe reconocer la resolución. Debe analizar si la parte ha sido adecuadamente citada, o si ha sido representada en el procedimiento, y en caso contrario si fue correctamente declarada rebelde. De hecho, la existencia de la vulneración de los derechos de defensa de las partes en procedimientos similares de divorcios marroquíes como el que estudiamos por su posible falta de notificación o emplazamiento ha sido alegada en anteriores ocasiones ante nuestros tribunales<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Cívitas, décima edición, 2018, p. 528, con reflejo también de la jurisprudencia del TJUE que asienta este principio.

<sup>21</sup> Al respecto de la interrelación entre los instrumentos que regulan la obligación de alimentos convencionales y de derecho europeo y la pluralidad y dispersión de estas normas, vid. A. BORRÁS, “La reclamación internacional de alimentos: de La Haya a Bruselas”, en VARIOS AUTORES, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho*, homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Cizur Menor, Cívitas, 2020, pp. 129-144. En el día en el que se finaliza el presente trabajo, 15 de diciembre de 2020, se ha conocido la triste noticia del fallecimiento de la Profesora Borrás. Sirvan esas breves líneas de recuerdo y homenaje a su ingente labor investigadora, docente y al servicio de la evolución del Derecho Internacional Privado.

<sup>22</sup> Firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997. BOE nº 151 de 25 de junio de 1997 (en adelante Convenio hispano – marroquí). Hasta el momento no hemos estudiado el citado texto normativo toda vez que, siendo un Convenio de cooperación judicial, no tiene disposiciones concretas sobre la competencia judicial internacional, objeto de estudio del apartado primero de este epígrafe.

<sup>23</sup> Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT (director), *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, séptima edición, 2020, p. 122.

<sup>24</sup> Respecto al desarrollo de los requisitos para apreciar la rebeldía en el Tribunal Supremo, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Derecho de defensa y exequátur de resoluciones extranjeras en España en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Murcia, Colección Derecho y Letras, 2019, pp. 33-46.

<sup>25</sup> Que la resolución emane de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país; que haya adquirido autoridad de cosa juzgada y haya llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada; que no contenga disposiciones contrarias al orden público español ni a los principios del derecho internacional, ni sea contraria a una resolución judicial dictada en España y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido.

<sup>26</sup> Dos supuestos recientes al analizado por nosotros pueden consultarse en; L. S. HEREDIA SÁNCHEZ, “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” *CDT*, Vol. 11, 2019, Nº 1, pp. 636-640; y en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Exequatur de Sentencia marroquí – divorcio y alimentos: citación legal, firmeza y ejecución provisional (Audiencia provincial Girona, Auto de 08/10/2019), *CDT*, Vol. 12, 2020, Nº 2, pp. 1199-1206.

13. Pues bien, así las cosas, la alegación de la rebeldía de la demandada en el actual proceso tiene ciertamente poco recorrido, toda vez que la propia sentencia marroquí de 2 marzo 2017 recoge expresamente que la demandada compareció y contestó la demanda. En las dos traducciones existentes en autos de la sentencia se recoge que la demandada compareció y estuvo defendida por el abogado Sr. Abdallah Bakhat, contestando a la demanda y ejerciendo lo que a su derecho convenía, sin que exista en el procedimiento ninguna referencia ni a la rebeldía efectiva ni a la rebeldía de conveniencia que alegó en la segunda instancia. Por todo lo referido, no existió en el proceso la rebeldía alegada, que le produjese indefensión alguna<sup>27</sup>, por lo que dicha alegación fue correctamente desestimada por ambas resoluciones.

### III. La trascendencia de la interpretación de traducciones contradictorias

14. En el presente supuesto la traducción de la sentencia sobre la que se solicita el reconocimiento es esencial en el aspecto económico. El menor nació en 1999, por lo que a la fecha de la primera sentencia tenía 14 años y los efectos jurídicos sobre el mismo del divorcio consensual abarcaban las medidas de guarda y custodia y el derecho de alimentos. En el momento en el que se dicta la segunda sentencia, 2017, ese mismo año cumplía los 18 años, por lo que los efectos relativos a la guarda y custodia decaían por su llegada a la mayoría de edad. Sin embargo, los efectos relativos a las cuantías económicas reconocidas como alimentos en favor del hijo y el momento en el que deben empezar a contabilizarse adquirirían gran importancia. La traducción que aporta el padre de la resolución refleja que “declara improcedente los importes pronunciados a favor de la demandada como derechos relativos al hijo *a contar* de la fecha del divorcio de mutuo acuerdo el 11/04/2013”. El mismo párrafo, según la traducción aportada por la madre reza “Se decreta que la demandada no tiene derecho a la percepción de las cantidades que se decretaron a favor del hijo *y que comenzó a percibir desde la fecha efectiva del divorcio* de la pareja, el 11-04-2013”.

15. La diferencia entre una traducción y otra provocan una duda mayúscula que supondría gran diferencia en el reconocimiento de los derechos de las partes según cómo se resuelva. En la primera se expone que son improcedentes los ingresos recibidos por la madre, a contar desde el momento de la sentencia de divorcio consensual. Si son improcedentes a contar desde dicha fecha se puede interpretar directamente que debe devolverlos, provocando un débito inmediato a favor del padre. Si como dice la segunda traducción la esposa no tiene derecho a recibir la cuantía por alimentos a favor del hijo que empezó a recibir desde aquel momento, esto solo significa que dejará de recibirlos en adelante, sin efecto retroactivo alguno. Con ambas traducciones estaríamos ante efectos diametralmente diferentes respecto a las obligaciones económicas de la madre a partir de dicho momento.

#### 1. La olvidada importancia de la traducción en el derecho procesal civil internacional

16. Al respecto debemos destacar brevemente que, en el Derecho internacional privado, y en concreto en el reconocimiento y ejecución de resoluciones con importantes efectos prácticos de derecho material, el contenido textual de las resoluciones que inicialmente están redactadas en el idioma del estado que las emitió es básico. Por ello la traducción cobra una importancia crucial en el reconocimiento del derecho de los ciudadanos. Un cambio de una palabra que en cualquier otro contexto, además de admitida, no tendría mayores consecuencias, en nuestra disciplina cambia el resultado final de un proceso

<sup>27</sup> Un detenido e interesante estudio sobre la posible flexibilidad de la apreciación de dichos requisitos huyendo de excesivos formalismos en la LCJI la aporta C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “La rebeldía del demandado en el control de las garantías procesales como causa de denegación del reconocimiento en la Ley de cooperación jurídica internacional: una visión comparada con el sistema Bruselas”, *REEI*, N° 32, 2016, pp. 1-38.

que ha durado años<sup>28</sup>, tal y como ocurre en el presente supuesto<sup>29</sup>. Es una impresión personal de quien ha ejercido función jurisdiccional anteriormente el hecho de que la traducción, usualmente, se ha considerado como un trámite más que se debe cumplir y sobre el que no siempre se presta la atención suficiente. Vista en ocasiones como un coste más del proceso, múltiples son los aspectos que afectan a la traducción y que no siempre son valorados, como su origen y la cualificación del traductor, la terminología empleada por la misma o su formalización, siendo muy habituales las expresiones de derecho positivo que recojan que un determinado documento debe estar “debidamente traducido” o por el “órgano o funcionario competente”, o por “persona cualificada”, lo que no deja claramente acreditado si el legislador exige para cada momento la traducción jurada, oficial o de cualquier persona con conocimiento en lenguas<sup>30</sup>.

17. En concreto, en lo relativo a las traducciones del árabe, adquiere especial dificultad en varios tipos de acciones que se pueden iniciar en el derecho de familia. Por ejemplo, en los procedimientos de exequatur en materia de divorcio, toda vez que en árabe se multiplican las palabras para designar conceptos que en español se conocen todos ellos únicamente como divorcio, lo que provoca la necesidad de una concreción que en ocasiones no es factible y requiere una adaptación a nuestro ordenamiento jurídico<sup>31</sup>. Este hecho ocurre con los distintos tipos de divorcio existentes, antes de la consumación, de mutuo acuerdo, el repudio o el divorcio judicial. Y también se interrelaciona con las circunstancias y responsabilidades en la forma de inicio de activación de una institución no especialmente bien vista por el Derecho privado islámico, que conlleva mayores o menores costes económicos y medidas finales según la responsabilidad de los cónyuges en el divorcio<sup>32</sup>, lo que provoca claros conflictos de adaptación entre el derecho islámico y el occidental<sup>33</sup>.

## 2. Traducción y valoración judicial

18. Asentada esta prevención, estimamos que la Audiencia Provincial realiza un correcto análisis y valoración de las traducciones aportadas por las partes. Entre el término “a contar” de la traducción aportada por el padre y “que comenzó a percibir” aportada por la madre, el Tribunal estimó que aplican-

---

<sup>28</sup> Estudia aspectos generales de la interpretación en el Derecho internacional privado y en concreto las reformas de organización de la traducción e interpretación oficial de la LCJI, A. LARA AGUADO, “La reforma de la traducción e interpretación oficial en el Derecho internacional privado español”, *REEI*, N° 32, 2016, pp. 1-36. En el trabajo expone la inmensa cantidad de trámites de DIPr que requieren la traducción previa de documentos de gran importancia.

<sup>29</sup> Amplia información sobre el marco jurídico de la traducción e interpretación institucional, desde la perspectiva regulatoria y la práctica, el *Libro blanco de la traducción y de la interpretación institucional*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2001, disponible en; [http://www.ritap.es/wp-content/uploads/2012/11/libro\\_blanco\\_traducion\\_vfinal\\_es.pdf](http://www.ritap.es/wp-content/uploads/2012/11/libro_blanco_traducion_vfinal_es.pdf).

<sup>30</sup> *Vid* A. LARA AGUADO, “La reforma de la traducción...”, *op. cit.*, p. 35. Las diferencias de requisitos y efectos legales entre las distintas traducciones es mucha y no siempre se advierten. Las traducciones certificadas por la Oficina de Interpretación de lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, las traducciones realizadas o asumidas como propias por las representaciones diplomáticas o consulares españolas en el extranjero o extranjeras en España, los traductores-intérpretes jurados, o quienes ejercen la función sin los mismos requisitos como traductores privados, son todos tipos diferentes de traducciones que conviven en la realidad diaria de nuestra actividad jurídica y judicial, toda vez que pocas disposiciones normativas exigen que las traducciones aportadas a los procesos sean oficiales o certificadas por personas autorizadas a tal fin.

<sup>31</sup> Precisamente centrado en la temática del presente trabajo, lo que denota la complejidad de la materia, *vid.* M. EL-MADKOURI MAATAOUI, “La traducción del árabe al español y el exequátur en materia de divorcio”, *Anaquel Estudios Árabes*, n° 39, 2019, pp. 183-209.

<sup>32</sup> El artículo 84 de la Mudawana, respecto a las consecuencias del matrimonio establece que “Los derechos económicos debidos a la esposa implican la dote aplazada, cuando proceda, la manutención (*nafaqa*) debida durante el período legal de continencia (*cidda*) y la indemnización por la disolución del matrimonio por talaq (*mutca*), que se determinará en atención a la duración del matrimonio, la situación económica del esposo, los motivos de la disolución del matrimonio por talaq y el grado de abuso demostrado por el esposo al solicitar dicha disolución”. Este último criterio acredita lo señalado anteriormente Al respecto de esa adaptación de la institución de la disolución del matrimonio, *vid.* M. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos...”, *op. cit.*, pp. 207-214.

<sup>33</sup> Tal y como recogió en su ya clásico trabajo, P. DIAGO DIAGO, “El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *REEI*, N° 30, 2015, N° 2, pp. 1--29.

do los criterios sistemático, lógico y legal procedía darle mayor veracidad al término “que comenzó a percibir”, y la falta de retroactividad de los efectos de la sentencia de modificación de medidas. El criterio sistemático porque en el resto de la resolución no se hace ninguna referencia expresa a la retroactividad de lo debido. El lógico porque es más razonable entender que la sentencia declara que no se deben seguir abonando alimentos, sin efectos retroactivos respecto a unas obligaciones jurídicas ya acordadas por las partes y aprobadas por el juzgador. Y por último por el legal por dos motivos. El primero, porque la sentencia no puede ser interpretada vulnerando el orden público español, que en el establecimiento del derecho de alimentos para el menor establece que el interés más necesitado de interés es el interés superior de este, y que exige que no se puedan considerar indebidas las cuantías de alimentos abonadas para su sustento cuando era menor de edad, desde los 14 a los 17 años<sup>34</sup>. El segundo, porque en tal caso esta interpretación revocaría los efectos de cosa juzgada del primer procedimiento de reconocimiento de la sentencia de divorcio consensual ya vigentes y efectivos en nuestro país<sup>35</sup>.

#### IV. Conclusiones

19. A tenor de lo establecido en el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental sobre medidas de los menores, la competencia judicial para conocer una acción de modificación de una resolución marroquí, país firmante del Convenio, ya reconocida y ejecutada en España, no es una competencia exclusiva de los Tribunales españoles, por mucho que los efectos de esta modificación sean aplicados únicamente en nuestro país. Todo lo contrario, si el menor reside, como en el supuesto que analizamos, en Marruecos, la competencia judicial internacional de la misma la sigue manteniendo los Tribunales marroquíes que dictaron la primera resolución. Todo ello sin perjuicio de que, si el menor no estuviese residiendo en un Estado firmante del Convenio y alguno de los progenitores residiese en la Unión Europea, pudiesen aplicarse las normas del Reglamento Bruselas II bis para determinar la competencia concurrente del Estado miembro, en aplicación de su artículo 61.

20. La traducción de las sentencias y documentos públicos extranjeros redactados en el idioma del país de origen es un trámite procesal al que en ocasiones no se le da la importancia que tiene, y que está directamente vinculada al reconocimiento y disfrute de sus derechos por los ciudadanos. En el caso de la ruptura del contrato matrimonial en un país en el que se aplica el Derecho islámico, las distintas palabras árabes que describen diferentes tipos de disoluciones del matrimonio que en España confluyen todas en una única palabra, divorcio, pueden provocar una dificultad de adaptación de los efectos de la resolución extranjera y con ello un reconocimiento diferente al que procedería. En el supuesto analizado, la diferencia entre las distintas traducciones de la sentencia de la que solicita el reconocimiento aportadas por las partes podía suponer la aplicación retroactiva o no de la sentencia y con ello la posible obligación de devolver lo ya recibido en concepto de alimentos del hijo menor de edad. La aportada por el padre establecía la improcedencia de continuar con el pago de alimentos, “a contar” desde una fecha, la aportada por la madre “que se comenzaron a percibir” en esa fecha. Acertadamente el Tribunal empleó los criterios sistemático, lógico y legal para darle más valor al término “que se comenzaron a percibir”, y con ello no establecer efectos retroactivos a la sentencia reconocida.

---

<sup>34</sup> Sobre la prestación de alimentos y el interés superior del menor, *vid.* C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del CC”, *Derecho Privado y Constitucional*, N° 29, 2015, pp. 11-45.

<sup>35</sup> El Tribunal no le otorga efectos retroactivos y de posible reclamación de los alimentos ya abonados al padre respecto a la madre, lo que como señala vulneraría el orden público español y los derechos del menor. Eso sí, en el conflicto abierto entre los padres, con procedimiento penal incluido por la falta de pago de los alimentos, señala en el Fundamento Jurídico tercero, que todo ello sin perjuicio de que el padre pueda alegar abuso de Derecho en la ejecución de sentencia que ha promovido la madre por impago de alimentos (suspendida por prejudicialidad civil, a la espera de la finalización del procedimiento que aquí analizamos), y en la que reclamó periodos en los que el menor vivía con el padre, o incluso, al amparo del artículo 28 del Convenio bilateral con Marruecos ya citado, oponer los efectos de cosa juzgada de esta resolución de reconocimiento de la sentencia de modificación de medidas de 2017 respecto a la reclamación de cantidades posteriores a dicha fecha la sentencia de modificación.

# SAP VALENCIA 25 DE MAYO 2020. LA IGNORANCIA DEL RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHO DE ALIMENTOS EUROPEO. UNA RESOLUCIÓN PARALELA

(DECISION OF THE PROVINCIAL COURT OF VALENCIA OF 25 MAY 2020) THE IGNORANCE OF THE AUTOMATIC RECOGNITION OF RESOLUSIONS IN EUROPEAN MAINTENANCE RIGHTS. A PARALLEL RESOLUTION OF THE CASE

SILVIA RECUENCO PÉREZ

*Abogada. Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 12.11.2020 / Aceptado: 11.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6014>

**Resumen:** El reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia exige la necesidad de individualizar el Reglamento europeo aplicable según el tipo de materia. Con relación a las obligaciones alimenticias, el Reglamento 4/2009 dispone que tendrán fuerza ejecutiva de pleno derecho y sin posibilidad de oponer motivos de rechazo al reconocimiento, siempre que el Estado de origen y el requerido estén vinculados por el Protocolo de la Haya de 2007. La sentencia objeto de comentario lo ignora y no reconoce una sentencia dictada en Rumania con anterioridad a otra española entre las mismas partes, objeto y causa, vulnerando entre otras cosas, el principio esencial a la libre circulación de resoluciones europeas e imponiendo la resolución española.

**Palabras clave:** cosa juzgada, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la unión europea, derecho de alimentos, libre circulación de resoluciones europeas, derecho internacional privado

**Abstract:** The recognition and enforcement of decisions in family matters need to individualize what European Regulation should be applied according to the type of matter. With regard to maintenance obligations, Regulation 4/2009 provides that they will have full right enforceability without the possibility of opposing reasons for rejection of recognition, provided that the State of origin and the requested State are bound by the Hague Protocol of 2007. The mentioned sentence ignores it and does not recognize a sentence handed down in Romania before another one in Spain between the same parties, purpose and cause, violating, among other things, the essential principle of the free circulation of European resolutions.

**Keywords:** res judicata, recognition and enforcement of foreign decisions in the European Union, maintenance law, free movement of resolutions, international Private Law.

**Sumario:** I. Antecedentes II. Resolución por la Audiencia Provincial. III. Cuestiones jurídicas del caso IV. Coexistencia de diferentes instrumentos internacionales aplicables a la validez extraterritorial de decisiones europeas dentro del derecho de familia. V. Cosa juzgada internacional, ley aplicable y modificación de medidas: un “totum revolutum”. VI. Conclusión.

## I. Antecedentes

1. El Juzgado de Primera Instancia español dictó sentencia de fecha 14 de enero de 2019, en rebeldía del demandado, en la que estima la disolución del matrimonio celebrado entre dos cónyuges rumanos, el 25 de enero de 2007 en Rumania. Establece patria potestad compartida y custodia de los dos hijos menores a favor de la madre, sin visitas para el padre. También regula una pensión de alimentos por importe 200 euros por hijo, sin límite temporal alguno.

2. La sentencia de instancia fue recurrida por el esposo demandado, alegando como motivo principal la excepción procesal de cosa juzgada internacional. En su recurso, solicita el reconocimiento incidental de una sentencia dictada por el Juzgado de Botosani (Rumania) en fecha 9 de noviembre de 2018, es decir, dos meses y seis días antes que la española, dictada en el seno de un procedimiento entre las mismas partes, con el mismo objeto y misma causa, solicitando que se estime la excepción procesal de cosa juzgada y se revoque la sentencia dictada en primera instancia por el juzgado español.<sup>1</sup>

3. La sentencia del Juzgado de Botosani (Rumani) fue dictada en rebeldía voluntaria de la esposa y en su fallo se acuerda, además de la disolución del matrimonio, la autoridad parental de los menores, ejercitada por ambos progenitores, un horario de relaciones personales y la obligación del padre de pagar alimentos a favor de sus dos hijos por importe de 190 lei al mes por cada hijo, hasta su mayoría de edad.<sup>2</sup>

4. El reconocimiento incidental de la sentencia dictada por el Juzgado de Botosani, se solicita con base en el art 21.4 del Reglamento (CE) n° 2201/2003<sup>3</sup> del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No consta, sin embargo, que el recurrente invocara el Reglamento (CE) 4/2009<sup>4</sup> del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, norma que regula el sistema de reconocimiento y ejecución de las obligaciones alimenticias, con independencia, como se verá más adelante, de su reconocimiento sea automático según en qué situaciones.

5. La parte apelada (esposa) se opone al reconocimiento respecto del divorcio y responsabilidad parental y alega, como motivo de rechazo, que desconocía el procedimiento que se tramitaba en Rumania al haber sido indebidamente notificada, lo que le causaba indefensión. También se opone, expresamente, al reconocimiento del pronunciamiento sobre derecho de alimentos. En este caso argumenta que su reconocimiento implicaría una vulneración del derecho de los hijos a percibir una pensión que

---

<sup>1</sup> SAP Valencia 25 mayo 2020, [ECLI: ES:APV:2020:1519]. La sentencia comentada, literalmente, establece en su fundamento jurídico primero, párrafo segundo, que “*El apelante pretende el reconocimiento incidental de sentencia civil n° 4794 que se dictó por el Juzgado de Botosani (Rumania) en el procedimiento de divorcio (expediente 6625/193/2015) y, en consecuencia, que se considere cosa juzgada el pronunciamiento judicial de divorcio y las medidas que fueron dispuestas por el Tribunal rumano y se revoque la sentencia apelada, dictada en su rebeldía*” Este párrafo parece indicar que el apelante solicitó el reconocimiento incidental de la totalidad de la resolución. Aunque se desconoce si la argumentación jurídica era correcta o no, de la literalidad de la sentencia comentada puede deducirse que incluía, también, la solicitud de reconocimiento del pronunciamiento sobre obligación alimenticia al hablar de “medidas” en general sin establecer diferencias entre medidas personales y patrimoniales sobre los menores.

<sup>2</sup> Aunque la resolución objeto de comentario nada menciona sobre la ley aplicable en la sentencia dictada por el tribunal rumano, ni respecto de la responsabilidad parental ni sobre la pensión de alimentos, de la literalidad de esta podríamos deducir que se aplicó derecho de Rumania. Así parece desprenderse de los términos jurídicos que se utilizan para designar conceptos como “*autoridad parental*” u “*horario de relaciones personales*”.

<sup>3</sup> Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis) DOUE n° 338, de 23 de diciembre de 2003. Este reglamento será sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre la sustracción internacional de menores (DOUE L 178, de 2 de junio de 2019) siendo de aplicación la mayoría de sus preceptos el 1 de agosto de 2022.

<sup>4</sup> Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. DOUE n° 7 de 19 de enero de 2009

no debía finalizar con la mayoría de edad, sino con su independencia económica. Finaliza sus motivos alegando que en el caso de que se reconozca la sentencia, se mantenga el pronunciamiento español relativo a la pensión de alimentos, invocando en su razonamiento la SAP de Lérida, sección 2º de 25 de noviembre de 2016<sup>5</sup>, por ser un caso similar.

## II. Solución proporcionada por la Audiencia Provincial

6. La Audiencia Provincial de Valencia resuelve el recurso estimando parcialmente la excepción de cosa juzgada, concediendo, acertadamente, el reconocimiento incidental de los pronunciamientos de la sentencia rumana relativos a la disolución del matrimonio por divorcio y a las medidas que regulan la responsabilidad parental de los dos hijos menores. Sin embargo, no reconoce el pronunciamiento relativo a la obligación de alimentos, ignorando que, en un supuesto como éste, la regulación europea vigente les otorga fuerza ejecutiva automática, sin posibilidad de oposición al reconocimiento.

7. La fundamentación jurídica de la Sala para conceder el reconocimiento y, por tanto, estimar la excepción de cosa juzgada con relación al pronunciamiento de divorcio y responsabilidad parental, la basa en los arts. 24, 21.1 y 21.4 del Reglamento 2201/2003.

8. La denegación del reconocimiento relativo a la pensión de alimentos, lo basa por una parte en el Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019<sup>6</sup>, que resolvió un conflicto negativo de competencia internacional en un procedimiento de modificación de medidas y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 25 de noviembre de 2016, mencionada anteriormente, que alegó la parte apelada. Ambas resoluciones le llevan a entender que existe una modificación de medidas en lo relativo a la pensión de alimentos y sobre esa base, la Audiencia, sustituye -que no modifica- el pronunciamiento sobre alimentos dictado en Rumania por el de la sentencia dictada en España, justificando que la ley española es más beneficiosa para el menor por no imponer límites temporales a la pensión de alimentos.

9. Como se verá más adelante, esta es una decisión nacionalista que, desconoce o ignora la normativa europea de reconocimiento en la materia y que pretende sustituir una decisión extranjera firme y con plenos efectos de cosa juzgada por otra que, bajo su subjetividad, ve más ajustada a derecho.

## III. Cuestiones jurídicas del caso: Reconocimiento automático de ciertas resoluciones en materia de alimentos y cosa juzgada internacional

10. Las cuestiones jurídicas objeto de análisis son sencillas, pero la resolución del asunto por la Audiencia Provincial nos lleva a reflexionar sobre las siguientes cuestiones: Validez extraterritorial de decisiones europeas en materia de derecho de familia en España, ¿Funcionan igual todos los Reglamentos europeos que regulan el reconocimiento de pronunciamientos en materia de familia? Cosa Juzgada Internacional. ¿Acierta la Audiencia al desestimar la excepción de cosa juzgada en materia de alimentos en el caso concreto? Por último, ¿Cuándo se puede modificar en España una resolución extranjera de familia?

Coexistencia de diferentes instrumentos internacionales aplicables a la validez extraterritorial de decisiones europeas dentro del derecho de familia.

11. En el contexto de una sociedad globalizada como la actual, el derecho de familia con repercusión transfronteriza es una realidad en nuestro día a día jurídico. Desde el punto de vista del derecho

<sup>5</sup> SAP Lérida 25 noviembre 2016, nº 501/2016, SAL L 958/2016-ECLI:ES: APL:2016:958. Caso de reconocimiento en España de resolución dictada por un tribunal marroquí en materia de divorcio y medidas sobre los hijos menores. El caso era semejante, pero nada tienen que ver los instrumentos internacionales que se aplican al reconocimiento en uno y otro caso.

<sup>6</sup> ATS 17 septiembre 2019 [ECLI:ES:TS: 2019:9225A] [CENDOJ 28079110012019203694]

internacional privado, la correcta solución jurídica de estos asuntos requiere un conocimiento preciso de sus normas en una doble vertiente: Por una parte, es necesario diferenciar el estudio y aplicación de las relativas a competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Por otra parte, debemos individualizar el estudio de estos tres sectores por razón de la materia concreta dentro del derecho de familia.

12. Esta precisión es importante puesto que el derecho de familia se compone de diferentes materias: disolución o nulidad de matrimonios, responsabilidad parental sobre hijos menores, derecho de obligaciones alimenticias, régimen económico matrimonial, etc. Cada una de ellas está regulada por sus propias normas de derecho internacional privado que, tanto judicatura como abogacía práctica, debemos conocer y aplicar correctamente para una adecuada solución del caso. Cuando el operador jurídico no tiene un conocimiento completo, nos encontraremos con resoluciones judiciales como la que estamos comentando. Un “quiero y no puedo” en toda regla que genera, aunque de manera inconsciente, una vulneración de los principios esenciales del derecho europeo -derecho supranacional que no puede imponerse sobre el derecho nacional- lo que puede acarrear soluciones jurídicamente incorrectas y perjudiciales para los justiciables, además de crear inseguridad jurídica.

13. Una vez localizadas las concretas normas internacionales individualizadas en función de la materia, debe completarse con un ejercicio integrador con las normas procesales internas del tribunal que conoce del asunto, lo que puede complicar la solución del caso si no se tiene claro el funcionamiento y prevalencia de unas sobre otras.

14. El litigio que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia se produce entre Rumania y España por lo que centramos nuestro análisis en los instrumentos que regulan la validez extra-territorial de decisiones, únicamente, dentro de la Unión Europea. Así, el mapa de normas de derecho internacional privado en un procedimiento de divorcio o separación con hijos menores debe ser el siguiente:

## I. Reconocimiento en materia de crisis matrimoniales

15. El reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio se regula en los art 21 a 27 del R 2201/2003. Se trata de un sistema rápido y sencillo de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas por órganos jurisdiccionales de Estados miembros parte del Reglamento.<sup>7</sup> Este Reglamento permite solicitar el reconocimiento de resoluciones en materia de crisis matrimoniales por dos cauces: reconocimiento incidental, como es el caso analizado, y reconocimiento por homologación, el cual dotará a las resoluciones reconocidas por este procedimiento de naturaleza procesal de cosa juzgada oponible *erga omnes* en cualquier asunto o procedimiento.

16. Nos centramos en el reconocimiento incidental. Este se produce cuando, en el seno de un procedimiento principal, es necesario resolver sobre la validez de otra resolución dictada en otro Estado miembro. Si bien, el reconocimiento es sencillo<sup>8</sup>, no es automático, pues exige que no concurra ninguno de los motivos de rechazo del reconocimiento que se recogen en el art. 22.<sup>9</sup> Esto implica que, si

<sup>7</sup> A-L CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZALEZ, “Crisis matrimoniales” Derecho Internacional Privado, vol II, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp 297-302

<sup>8</sup> Reglamento 2201/2003 Art 21 :11. *Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto.*

<sup>9</sup> Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental Artículo 22 *Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial. Las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; b) si, habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere notificado*

no concurre ningún motivo de rechazo, la sentencia dictada en otro Estado miembro producirá efectos de cosa juzgada, considerando lo establecido en la misma como cierto y vinculando al juez del Estado requerido.<sup>10</sup> No se controla ni la competencia de los tribunales que la dictó ni tampoco la ley aplicada. Precisamente, esa falta de control de la ley aplicable está enfocada a fomentar la libre circulación de resoluciones dentro de la UE. Este Reglamento exige, para el reconocimiento, que se certifique por el tribunal de origen la sentencia objeto de reconocimiento conforme a lo dispuesto en el art. 37 y el certificado del art. 39 del Reglamento.

## 2. Reconocimiento en materia de responsabilidad parental

17. El reconocimiento de resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental, dentro de la Unión Europea, se regula también en el Reglamento 2201/2003, funcionando igual que en materia de crisis matrimoniales, es decir, por medio de motivos de rechazo y emisión de certificados. La diferencia estriba en que, en estos casos, los motivos de oposición al reconocimiento se recogen en el art 23, siendo semejantes a los recogidos en el art. 22 pero con las particularidades que exigen los procedimientos con menores implicados, regidos por el principio de interés superior del menor. Para garantizar ese principio, uno de los derechos del menor es el derecho de este a ser oído en función de su edad o grado de madurez. Su vulneración supone un motivo concreto de oposición al reconocimiento, aunque nada indica la resolución que aquí se comenta sobre este aspecto.

18. La parte que se opone al recurso invoca como motivo de rechazo al reconocimiento el art. 22.b) que es el que recoge la Audiencia, pero no se menciona por ningún lado los motivos del art. 23<sup>11</sup>, cuando si recoge expresamente en la sentencia que la parte recurrente está solicitando el reconocimiento del pronunciamiento sobre custodia y visitas del padre con los dos hijos menores. No constan datos para mencionar si esta omisión es por desconocimiento, porque no se alegó por la parte o, simplemente, porque en ocasiones, en las resoluciones judiciales no se recoge todo lo que se alega por las partes. No obstante, lo adecuado habría sido que la Audiencia lo hubiera mencionado para una correcta fundamentación jurídica.

## 3. Reconocimiento en materia de obligaciones de alimentos

19. Nos adentramos en el aspecto jurídico clave en el comentario de esta sentencia. Para el estudio de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras en el ámbito de las obligaciones alimenticias, dentro de la Unión Europea, aplicamos el R 4/2009 que regula dos procedimientos diferentes teniendo en cuenta que se trate de Estados miembros vinculados por el PLH 2007<sup>12</sup> o no. La diferencia esencial entre un sistema y otro es que el primero goza de ciertos privilegios que el segundo no ostenta.

20. El reconocimiento de resoluciones de alimentos dictadas por Estados miembros del R4/2009 vinculadas al Protocolo de la Haya de 2007 se inspira, sustancialmente, en dos principios: reconocimien-

---

*o trasladado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución; c) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o bien d) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido*

<sup>10</sup> A-L CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Crisis matrimoniales", Derecho Internacional Privado, vol II, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp 298

<sup>11</sup> Carecemos de datos para conocer si la parte recurrente invocó el art. 23 c), que sería el aplicable por coherencia con el citado 22b) que expresamente si menciona la resolución que fue invocado por la parte que recurre y en el que basa el reconocimiento.

<sup>12</sup> Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, ratificado por la Comunidad Europea mediante Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, DOUE-L-2009-82439

to de pleno derecho sin posibilidad de oposición y la ejecutividad automática de dichas resoluciones, sin necesidad de declaración de ejecutividad en el estado requerido, siempre que estas sean ejecutivas en el Estado de origen<sup>13</sup>.

21. Este Reglamento, con el objetivo de fomentar la libre circulación de resoluciones judiciales en el Espacio Judicial Europeo y especialmente, con la finalidad de facilitar y agilizar el cobro de deudas alimenticias, suprime, con carácter general, la necesidad de un procedimiento de *exequátur*. El art. 17.1 R 4/2009, establece que, las resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el PLH de 2007 *serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno y sin posibilidad de impugnar su reconocimiento.*<sup>14</sup> Este precepto puede hacernos pensar, a priori, que el reconocimiento en el Reglamento 4/2009 funciona igual que en el Reglamento 2201/2003, mediante emisión de certificados y la ejecutividad inmediata sin necesidad de procedimiento intermedios, sin embargo, no es así.

22. En efecto, las resoluciones en materia de alimentos dictadas por Estados miembros del R4/2009, vinculados al Protocolo de la Haya de 2007, surtirán efectos en el resto de Los estados miembros sin necesidad de procedimiento de reconocimiento o declaración de ejecutividad, sin posibilidad de impugnar su reconocimiento -aquí la clave de la resolución comentada- y sin necesidad de emitir certificación alguna, siendo esta potestativa y no imperativa. Esto implica que no necesitan ser reconocidas en otros Estados miembros<sup>15</sup> y, siempre que sean ejecutivas en el Estado miembro de origen, lo serán, automáticamente, en el Estado donde se hace valer, siendo directamente ejecutivas, es decir, que las decisiones extranjeras se pueden hacer valer como un título ejecutivo nacional, sin necesidad de comenzar ningún procedimiento intermedio<sup>16</sup>

23. Cosa diferente es la posibilidad que contempla el Reglamento, en fase de ejecución, a un derecho de reexamen<sup>17</sup>.

24. En el caso que comentamos, al tratarse de una resolución dictada por un tribunal rumano que debe surtir efectos en España y siendo ambos países miembros del Reglamento 4/2009 y vinculados al Protocolo de la Haya de 2007, aunque el esposo en su recurso no mencionara el art. 17.1 del R 4/2009 (datos que desconocemos) a la Audiencia Provincial le debería ser indiferente pues tenía obligación de reconocer de oficio la fuerza ejecutiva de ese pronunciamiento en los términos que se acaban de exponer.

## V. Cosa Juzgada Internacional, ley aplicable y modificaciones de medidas: un “*totum revolutum*”

### 1. Cosa Juzgada Internacional

25. Antes de desgranar la desafortunada fundamentación de la Audiencia Provincial de Valencia para denegar el reconocimiento de la pensión de alimentos recogida en la sentencia rumana, no viene

<sup>13</sup> M.E CORRAO, “il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari”

<sup>14</sup> Esta vía de supresión de exequatur ya fue seguida por el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y en el Reglamento 804/2004 de 21 de abril de 2004 por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. La diferencia con estos dos instrumentos internacionales es que el R4/2009 no exige la condición de que sea certificada por el juez de origen. E. CASTELLANOS RUIZ, Derecho Internacional de Alimentos, Aspectos Internacionales y transfronterizos. Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.

<sup>15</sup> Sirva de ejemplo: SAP Cádiz, 1 marzo 2016. ECLI:ES:APCA:2016:156.CENDOJ 11012370052016100070

<sup>16</sup> F.PCARI.VIARENGO, “Il Regolamento (CE) n° 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari” RDIPP, 2009, p.823

<sup>17</sup> El derecho de reexamen se regula en el art 19 y considerando 29 del R 4/2009, únicamente para los supuestos concretos que señala el art. 19, garantizando el derecho de defensa del deudor y se entiende como un recurso extraordinario cuando la resolución se dicta en su ausencia. E. CASTELLANOS RUIZ, Derecho Internacional de Alimentos, Aspectos Internacionales y transfronterizos. Ed. Tirant Lo Blanch, 2017

mal recordar la normativa que regula la cosa juzgada en nuestra legislación.

**26.** Encontramos su regulación en nuestro ordenamiento jurídico en los arts. 222 y 416.1.2º de la LEC. Cuando se invoca esta excepción procesal respecto de una resolución extranjera, es necesario que ésta haya obtenido el reconocimiento en España a través de los mecanismos previstos en Reglamentos europeos, Convenios internacional vigentes en España y en otros instrumentos internacionales vigentes en España o, en su defecto, en la LCJIMC<sup>18</sup> arts. 44-49.<sup>19</sup>

**27.** En la sentencia objeto de comentario se estima la excepción de cosa juzgada de la sentencia rumana con relación al pronunciamiento de divorcio y responsabilidad parental de los dos hijos menores. Es correcto. Ambos pronunciamientos han pasado el control del Reglamento 2001/2003 en los términos mencionados anteriormente y superan el reconocimiento incidental. De esta manera despliegan todos sus efectos jurídicos en España como si la hubiera dictado un juez español. Hasta aquí, nada que objetar a la resolución comentada.

**28.** El dislate de la Audiencia se produce al denegar el reconocimiento de la sentencia rumana relativo al pronunciamiento en materia de alimentos, pues como se ha indicado, es directamente ejecutiva como si la hubiera dictado un juez español. Ahora bien, cuestión distinta es estudiar si el contenido de esa pensión de alimentos se ajusta a la realidad social y nivel de vida existente en España frente a Rumania, país en que se dictó y ver qué mecanismo procesal es el adecuado para adaptarlo y/o modificarlo, si procede.

## VI. Modificar medidas sin reconocimiento previo de la resolución objeto de modificación

**29.** La argumentación de la Audiencia para denegar el reconocimiento de la pensión de alimentos establecida por la sentencia rumana es un *“totum revolutum”* de fundamentos jurídicos, sin orden ni concierto. Justifica la denegación del reconocimiento en el Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019, relativo a la competencia judicial internacional en una modificación de medidas y justifica que ostenta competencia. Tras justificar su competencia para modificar la medida relativa a la pensión de alimentos, aprovecha esa argumentación para razonar la aplicación de la ley española, pasando por encima de la previa resolución rumana que debiera desplegar plenos efectos jurídicos en España por imperativo del Reglamento 4/2009.

**30.** Debemos partir de una premisa que se salta la Audiencia: no es posible modificar una resolución extranjera si ésta no ha obtenido previamente el reconocimiento en el Estado en el que pretende ser modificada. Sin ese reconocimiento, de poco sirve estudiar la competencia judicial internacional para modificar medidas en materia de familia<sup>20</sup>. Si no hemos reconocido primero la resolución extranjera que es necesario modificar, sencillamente, no tendremos nada que alterar. La Audiencia se contradice, pues por una parte, deniega el reconocimiento de esa resolución y, por otra, justifica una modificación de la pensión de alimentos de una resolución sin reconocer. Para ello considera que la sentencia española, segunda en el tiempo, es una “modificación” de medidas.

**31.** El proceso lógico es simple: reconocer la sentencia extranjera según el instrumento internacional aplicable, una vez reconocida, determinar si el tribunal enjuiciador ostenta competencia internacional y territorial y, por último, pero no menos importante, determinar si concurren los requisitos

<sup>18</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE nº182 de 31 de Julio de 2015)

<sup>19</sup> A-L CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZALEZ, Comentario de la STS 26 noviembre 2015 (5153/2015) [www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abril\\_pdf.php?id=COM-D-2015-](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abril_pdf.php?id=COM-D-2015-)

<sup>20</sup> Sobre la competencia judicial internacional para la modificación de medidas en materia de familia, es muy ilustrativo el comentario al ATS 17 septiembre 2019, de María José Valverde Martínez. CDT Vol. 12., Núm. 1 (2020) <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5219>

exigidos por la norma interna para justificar si existe variación de circunstancias y si estas han quedado probadas. En este caso hay una realidad incuestionable: la sentencia sobre alimentos dictada en Rumania tiene efectos de cosa juzgada sin necesidad de que el juzgador se pronuncie expresamente. No necesitaba el reconocimiento judicial, ya lo tiene *ex lege*.

**32.** Una cuestión debe ser precisada: en materia de obligaciones alimenticias, el Reglamento 4/2009, en su considerando 24, justifica la fuerza ejecutiva automática de las resoluciones en materia de alimentos sobre la base de las garantías que aporta la aplicación de las normas de conflicto de leyes<sup>21</sup>, siempre que se trate de resoluciones dictadas dentro de su ámbito de aplicación y cuando se trata de Estados miembros vinculados por el PLH 2007. Así, se entiende que al aplicar el Protocolo de la Haya, se garantiza la correcta aplicación de la ley designada por la norma de conflicto, lo que supone una revitalización de la función garante de esta<sup>22</sup>. Esta afirmación implica que la ley aplicable que fundamenta la sentencia reconocida no puede ser controlada por el juez español, lo que obedece al fomento de la libertad de circulación de resoluciones europeas y, en materia de alimentos, además, sirve para incrementar las garantías de cobro. La única excepción la encontramos en que el pronunciamiento que se pretende reconocer o ejecutar fuese contrario al orden público internacional español, lo que no sucede en este caso.

## Conclusión

**33.** Con base en los hechos y datos recogidos en la sentencia objeto de comentario, la solución del objeto del litigio no presenta mayor complejidad que el pleno conocimiento de los Reglamentos europeos integrados con la norma interna del tribunal que enjuicia.

**34.** No todos los Reglamentos en materia de reconocimiento y ejecución funcionan igual, como se ha explicado. Partiendo de este hecho, la correcta solución del caso debía pasar por el reconocimiento total de la sentencia dictada por el tribunal de Botosani, al haber sido dictada con carácter previo a la española y coincidiendo las mismas partes, objeto y causa. Dicha resolución goza en el ordenamiento jurídico español de efectos de cosa juzgada, pero el reconocimiento en materia de alimentos es automático mientras que el del divorcio y medidas de custodia y visitas permiten oponer motivos de rechazo, aunque en este caso procedía su denegación.

**35.** Cuestión diferente es, si una vez reconocida la sentencia rumana en su totalidad, procede ajustar o modificar el importe de la pensión de alimentos fijado en Rumania a la realidad española. No cabe duda de que la solución dada por la Audiencia se dicta buscando el interés de los menores, no obstante, en su exceso de celo protector del menor, olvida o desconoce que las normas europeas están por encima de las nacionales.

**36.** En efecto, las resoluciones extranjeras que han sido reconocidas en España despliegan eficacia de cosa juzgada, sin embargo, en derecho de familia, estas pueden ser modificadas si concurren circunstancias que alteren de forma relevante la decisión tomada según las circunstancias concretas del caso en el momento de tomarse esa decisión. Desconocemos los datos del caso concreto, más allá de la escasa diferencia de dos meses en que fueron dictadas una y otra resolución, por lo que no podemos valorar si la decisión de adaptar la pensión de alimentos a la realidad española pudo ser acertada en beneficio de los menores, a pesar de la incorrecta fundamentación jurídica.

---

<sup>21</sup> Con relación a las normas de conflicto contenidas en los Reglamentos europeos, estas son imperativamente aplicables en todos los Estados miembros por disposición del art. 288.II TFUE y, en nuestro ordenamiento jurídico interno, por imperativo del art. 12.6 CC.

<sup>22</sup> MARINA VARGAS URRUTIA, El cobro internacional de alimentos. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de alimentos en las normas del Reglamento 4/2009. Revista de Derecho de la Unión Europea, Madrid ISSN 1695-1085 mº22-enero-junio, pág. 99-118

**37.** Lo que no se puede negar es que la Audiencia Provincial no analiza realmente una modificación de medidas, sino que “impone” el fallo de la sentencia española sin tener en cuenta la plena validez de la sentencia rumana, vulnerando el derecho a la libre circulación de resoluciones europeas.

**38.** Como conclusión, se puede extraer una realidad práctica: En materia de familia, los reglamentos europeos ya están presentes en casi todos los juzgados y tribunales españoles, sin embargo, todavía no se conoce con detalle técnico suficiente el funcionamiento de estos complejos instrumentos, dando lugar a resoluciones incompletas, incorrectas o poco precisas que generan inseguridad jurídica en operadores jurídicos y justiciables.

RETROACTIVIDAD DE LAS CAPITULACIONES  
MATRIMONIALES AL MOMENTO DE CELEBRACIÓN  
DEL MATRIMONIO. COMENTARIO DE LA SAP DE MURCIA,  
DE 23 ABRIL 2020

RETROSPECTIVE EFFECT OF THE MATRIMONIAL PROPERTY  
AGREEMENT. COMMENTARY OF THE JUDGMENT OF  
APPEAL COURT OF MURCIA, 23TH MAY 2018.

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 15.12.2020 / Aceptado: 12.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6015>

**Resumen:** La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, objeto de comentario, resuelve un litigio que enfrenta a una pareja en relación con el régimen económico matrimonial respecto de un bien inmueble adquirido por el esposo. Según este, el bien debería inscribirse bajo el régimen de separación de bienes y considerarse bien privativo suyo. Según la mujer, el inmueble fue adquirido por el esposo mientras el régimen económico del matrimonio era el de gananciales y, por ello, el bien debería aparecer inscrito como común de ambos cónyuges.

El elemento de discusión en el caso es el otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales, cuatro después de la celebración de la unión conyugal, según las cuales el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad de gananciales. Esto es lo que alega la esposa para sostener que el bien inmueble debe ser ganancial. El marido, en cambio, argumenta que la ley aplicable al régimen económico de la pareja es el Derecho argelino y, por tanto, la separación de bienes.

La Audiencia Provincial de Murcia, sin justificar la resolución del caso, establece que, como en las capitulaciones matrimoniales se dice que el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad de gananciales y el inmueble se adquirió antes del otorgamiento de las mismas, dicho bien debe considerarse ganancial porque no es hasta la fecha de celebración de las capitulaciones cuando el régimen económico de la pareja pasa a ser el de separación de bienes. Con esta solución del supuesto, estudiamos en este trabajo, fundamentalmente, los posibles efectos retroactivos de las capitulaciones matrimoniales.

**Palabras clave:** régimen económico matrimonial, artículo 9.2 CC, artículo 9.3 CC, Reglamento 2016/1103, irretroactividad de las capitulaciones matrimoniales, publicidad registral del régimen económico matrimonial.

**Abstract:** The judgment of the Appeal Court of Murcia, subject to comment, resolves a dispute faced by a couple in relation to the matrimonial property regime regarding a property acquired by the husband. Accordingly, the property must be registered under the property separation regime and be considered own property. According to the woman, the assets were acquired by the husband while the economic regime of the marriage was that of the common assets and, therefore, the assets should appear registered as common to both spouses. The element of discussion in the case is the granting of a marriage property agreement, celebrated four years after of the marriage, according to which the ma-

riage was contracted under community property. This is what the wife claims to hold that the property must be jointly owned. The husband, on the other hand, argues that the law applicable to the economic regime of the couple is Algerian law and, therefore, the separation of property. The Appeal Court of Murcia, without justifying the resolution of the case, establishes that, as in the matrimonial property agreement it is said that the marriage was celebrated under community property regime and the property was acquired before the granting of the same, the asset must to be considered common because it is not until the date of the matrimonial property agreement that the couple's economic regime becomes that of patrimonial separation. With this solution, we study, fundamentally, the possible retroactive effects of matrimonial property agreements.

**Keywords:** matrimonial property regime, article 9.2 CC, article 9.3 CC, Regulation 2016/1103, non-retroactivity of matrimonial property agreement, registry advertising of the matrimonial property regime.

**Sumario:** I. Introducción; II. Hechos del caso; III. Problemas que plantea la sentencia; IV. Capitulaciones matrimoniales; 1. Regulación jurídica; 2. Validez de las capitulaciones matrimoniales; A. Ley aplicable; B. Carácter retroactivo; V. Otorgamiento de capitulaciones ante autoridad consular española en el extranjero; VI. Publicidad registral.

## I. Introducción

1. En la sentencia objeto de comentario, la Audiencia Provincial de Murcia se pronuncia en un recurso de apelación, presentado contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Molina de Segura, por parte de un cónyuge que reclama que un bien inmueble, inscrito bajo el régimen de gananciales, es privativo suyo.

En el caso, el apelante contrajo matrimonio con la apelada el 3 de junio de 2003, en Argelia. Fijaron su residencia en Argel. Posteriormente, el 30 mayo 2007, otorgaron capitulaciones matrimoniales ante el Cónsul General de España en Argel.

2. La sentencia de la Audiencia Provincial no es clara en algunos aspectos, bien porque contiene algún error en las fechas, bien porque no explica de manera razonada la solución a la que llega<sup>1</sup>. La decisión final del tribunal es que el bien objeto del litigio no es privativo por la razón de que se compró antes del otorgamiento de las capitulaciones en las que se dice que el matrimonio se contrajo en régimen de gananciales<sup>2</sup>.

3. Las cuestiones que van a ser tratadas en este trabajo con más detalle son las dos siguientes. En primer lugar, expondremos los hechos de la resolución judicial, explicando los fundamentos de Derecho

<sup>1</sup> En cuanto a las fechas, en la resolución judicial se indica lo siguiente:

*“En fecha 19 de julio de 2007 se comunicó a D. Jacobo, tras haber pujado por algunos bienes, terrenos y viviendas a través de la página web de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que se le asignó una vivienda situada en Las Torres de Cotillas (Murcia), y que disponía de un plazo de 15 días para abonar 35.000 euros correspondientes al precio de adquisición. El pago del precio se efectuó el 2 de agosto de 2006 desde la cuenta corriente ...”* (FD Tercero).

Como se puede comprobar, hay un error en el año en el que acontecen los hechos relatados por el tribunal. Se ha de entender que el año correcto es 2006 para que tenga sentido que las capitulaciones matrimoniales, otorgadas en mayo 2007, cambian el régimen matrimonial de gananciales por el de separación de bienes y que, como esta modificación se produce después de la adquisición del bien por parte del esposo, dicho inmueble se encuentra sometido al primero de los regímenes mencionado, el subsistente en ese momento, el de gananciales.

<sup>2</sup> *“Ninguna controversia hay en que la vivienda situada en Las Torres de Cotillas, finca nº NUM012 fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Molina de Segura el 1 de febrero de 2007, perteneciendo el 100 % del pleno dominio a D<sup>a</sup> Virginia y a D. Jacobo, por título de adjudicación administrativa con carácter presuntivamente ganancial (folio 28). Y tampoco admite discusión que el 30 de mayo de 2007 los litigantes otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales ante D<sup>a</sup> Rosario, Cónsul General de España en Argel, en funciones notariales, en la que se decía que la Sra. Virginia y el Sr. Jacobo contrajeron matrimonio civil el 3 de junio de 2003 bajo el régimen legal de gananciales. Por tanto no fue hasta el 30 de mayo de 2007 que los litigantes pasaron a regirse por el régimen de separación de bienes”* (FD Tercero).

que han justificado el fallo del tribunal. En segundo lugar, abordaremos las consecuencias que puede tener el cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, en el sentido de si dicha modificación podría tener efectos retroactivos al momento de la celebración del enlace.

## II. Hechos del caso

4. De los datos que aparecen en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia sólo podemos conocer los siguientes hechos relevantes. El litigio surge en relación con un matrimonio celebrado en Hydra (Argelia) el día 3 de junio 2003. La pareja fijó su residencia, tras el enlace, en Argel. No otorgaron capitulaciones matrimoniales hasta el 30 de mayo 2007. En estas capitulaciones se hace constar que el matrimonio se contrajo bajo el sistema de gananciales y que, por tanto, a partir de esta fecha de 30 de mayo 2007 es cuando el régimen aplicable es el de separación de bienes (FD Tercero).

5. La controversia se plantea cuando el 1 de febrero de 2007 se inscribe un bien inmueble como propiedad por mitades de ambos cónyuges y el esposo litiga porque considera que dicho bien es privativo de él. El marido lo adquirió y reclama que, en virtud del artículo 9.2 CC, la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, en ese momento de adquisición del bien, era el ordenamiento argelino; según el cual, rige la separación de bienes.

6. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Murcia estima que, como la adquisición el bien se produjo antes del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, el bien es ganancial y, por tanto, de los dos cónyuges. Todo ello porque, como se ha mencionado antes, en los capítulos se indica que el matrimonio se contrajo en régimen de gananciales.

## III. Problemas que plantea la sentencia

7. Son dos los problemas que suscita la resolución judicial. Por un lado, no queda claro si los cónyuges contrajeron matrimonio pactando el régimen de gananciales como aplicable a su relación económica. Esto es debido a que las primeras y únicas capitulaciones de las que se habla en la sentencia son las de fecha de 30 de mayo 2007, cuatro años después de la celebración del enlace.

Lo anterior nos lleva a pensar que, puesto que el tribunal indica que en las capitulaciones matrimoniales se hace constar que el matrimonio se celebró bajo el régimen de gananciales, los cónyuges han podido pactar este sistema en el año 2007 y hacerlo aplicable desde el momento de la celebración del matrimonio. Lo cual nos plantea el segundo problema, la posible retroactividad de las capitulaciones matrimoniales.

## IV. Capitulaciones matrimoniales

### 1. Regulación jurídica

8. La norma de conflicto que debe aplicar el tribunal español para conocer la ley rectora del régimen económico matrimonial de la pareja es el artículo 9.2 CC. Así es, pese a que en el ordenamiento español existe el Reglamento 2016/1103, esta norma europea, en lo que a ley reguladora se refiere, se aplica a los matrimonios celebrados después del 29 de enero de 2019 (art. 69.3)<sup>3</sup>. Por lo tanto, la unión

<sup>3</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 L183, de 8 julio 2016.

*Vid.*, en relación con el ámbito de aplicación temporal de la norma, H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, pp. 125-126; I. BARRIÈRE BROUSSE, "Le patrimoine des couples interna-

objeto del litigio no se encuentra dentro de su ámbito de aplicación y esta normativa supranacional no puede ser utilizada por el juez español para resolver el caso.

9. Según el precepto mencionado de producción interna, el artículo 9.2 CC, la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la ley personal común de los cónyuges, al tiempo de celebración del enlace. La ley personal se corresponde con la ley nacional<sup>4</sup>.

Presumimos que la nacionalidad de los contrayentes al tiempo de contraer el matrimonio es la que tienen en la actualidad, cuando se plantea el litigio. Con esta premisa, la pareja no tiene nacionalidad común porque el esposo es español y la mujer es argelina.

10. En defecto de nacionalidad común, el artículo 9.2 CC indica que la ley aplicable será la elegida en documento auténtico, antes de la celebración del matrimonio. La elección debe realizarse entre la ley de la nacionalidad o de residencia habitual de cualquiera de los contrayentes, en el momento de la elección<sup>5</sup>.

Con los datos del caso, parece que la pareja no ha ejercido la autonomía de la voluntad antes de la celebración del matrimonio, al menos, no consta en la sentencia que el matrimonio haya elegido ley aplicable a su relación antes de la celebración de las nupcias.

11. En tercer lugar, en defecto de las anteriores conexiones, la ley aplicable será la del Estado en el que la pareja tenga su residencia habitual inmediatamente después de la celebración del matrimonio<sup>6</sup>. Esta conexión sí concurre. Los esposos fijan en Argel su residencia después del enlace. Presumimos, en este caso y ante la falta de datos al respecto, que se trata de residencia habitual. Un elemento que nos ayuda a establecer esta premisa es que la capitulaciones matrimoniales, otorgadas cuatro años después de la celebración de las nupcias, se realizan ante el Cónsul General de España en Argel, por lo que podemos entender que la pareja sigue residiendo en el mismo lugar -Argel- desde el comienzo de su matrimonio.

Si esto es así, la ley aplicable a su régimen económico matrimonial sería la argelina. Según la cual, tal como indica la sentencia, el matrimonio se rige por el sistema de separación de bienes (FD Primero).

---

tionaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *JDI Clunet*, n° 2, 2017, p. 493; L. USUNIER, "Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne", *Revue Trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2016, pp. 808-809; C. NOURISSAT/M. REVILLARD, "Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Deffrénois*, n° 17, 15 septembre 2016, p. 883; N. JOUBERT, "La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 5; B. AÑOVEROS TERRADAS, "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 832; P. WAUTLET, "What's Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property", *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 223; D. COESTER-WALTJEN, "Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes", *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 196; S. GODECHOT-PATRIS, "Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux: le changement dans la continuité", *Recueil Dalloz*, 17 novembre 2016, n° 39, p. 2295; E. GALLANT, "Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples", *Europe*, mars 2017, p. 7; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 33-34.

<sup>4</sup> SAP de Barcelona, de 22 marzo 2010, ECLI:ES:APB:2010:2765; SAP de Huesca, de 14 diciembre 2005 (AC 2005\2377).

<sup>5</sup> Por documento auténtico entendemos documento público otorgado ante notario. Si bien, el artículo 9.2 no exige que el notario tenga que ser español, puede ser extranjero, en cuyo caso, para hacer valer ese documento ante un juez español se deberá comprobar la legalización o apostilla del mismo y la traducción al idioma oficial español. La función del notario es, además de dar fe del acto, comprobar que la elección de ley es consentida por ambos cónyuges y no una imposición de uno sobre el otro (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2000, pp. 139-140).

<sup>6</sup> El concepto de residencia habitual es el que utiliza el TS español cuando interpreta el artículo 40 CC (STS 21 abril 1972, ECLI:ES:TS:1972:2317; STS 23 abril 1970 (RJ 1970\2031); STS 25 septiembre 1954, ECLI:ES:TS:1954:1081; STS 13 julio 1996 (RJ 1996\5583); STS 22 marzo 2001, ECLI:ES:TS:2001:2327; RDGRN 22 febrero 1996 (RJ 1996\3386). Así es, por residencia habitual se debe entender el lugar en el que los cónyuges se encuentran viviendo y donde quieren seguir estando. Residencia habitual es, pues, un concepto fáctico que requiere la "permanencia física" en un lugar (*domus colere*) y la "voluntad de permanecer" en ese sitio (*animus manendi*).

12. Incluso si entendiéramos que la pareja no ha tenido residencia habitual común en Argelia, después de la celebración del matrimonio, aún nos queda la cuarta y última conexión del artículo 9.2 CC. Según indica el precepto, en última instancia, como conexión de cierre, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la del lugar de celebración de las nupcias; Argelia, de nuevo<sup>7</sup>.

## 2. Validez de las capitulaciones matrimoniales

13. Las capitulaciones matrimoniales *son un tipo de disposición sobre el patrimonio matrimonial cuya admisibilidad y aceptación varía entre los Estados miembros* (Considerando 48 del Reglamento 2016/1103). En España, por ejemplo, comprende “*el negocio jurídico o contrato en el que se establecen las reglas relativas a la organización pecuniaria de las relaciones entre esposos, esto es, por medio de las capitulaciones matrimoniales, los esposos establecen las reglas relativas a su régimen económico matrimonial*”<sup>8</sup>.

14. Debemos deducir de la sentencia -para que su contenido tenga sentido- que el matrimonio otorgó capitulaciones matrimoniales, cuatro después de su celebración, y en ellas se estableció que, con carácter retroactivo, su régimen económico matrimonial había sido, hasta la fecha de las capitulaciones, el de gananciales y, a partir de ese momento, el de separación de bienes.

15. Nos preguntamos en este punto cuál es la ley aplicable a la validez de las capitulaciones matrimoniales y si, conforme a esta normativa, estas podrían tener carácter retroactivo.

### A. Ley aplicable

16. La ley de Argelia sería la reguladora de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges en mayo de 2007; así lo indica el artículo 9.2 CC analizado previamente.

El segundo párrafo del precepto 9 CC es la norma de conflicto aplicable para conocer la ley rectora de los efectos del matrimonio, se hayan otorgado capitulaciones matrimoniales o no. Incidimos en este aspecto porque, junto al artículo 9.2 CC, existe el precepto 9.3 CC que alude al régimen económico matrimonial, y se plantea la duda de la relación entre ambos. Así, mientras el primero regula los *efectos del matrimonio*, el segundo se ocupa de la validez de los *pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio*. La dicción de este último precepto invita

<sup>7</sup> Esta conexión de cierre, aunque en un primer momento parezca pensada sólo para que el juez tenga siempre una ley aplicable en cualquier situación -por contener una conexión cierta y que concurre en todo momento-, lo cierto es que, en el nuevo Reglamento de régimen económico matrimonial aparece como factor a tener en cuenta si los esposos quieren acordar la sumisión a determinados tribunales (art. 7). Así es, según este precepto de la norma europea, los cónyuges pueden elegir como órganos jurisdiccionales competentes, los del Estado cuya ley es la aplicable al régimen económico matrimonial, en virtud de los artículos 22 o 26.1.a) o 26.1 b), o los jueces del país de celebración del matrimonio. Por lo tanto, se utiliza como conexión útil, no como mero recurso para que el juez pueda tener una ley que aplicar en último lugar.

Tanto en el marco de la ley reguladora según el artículo 9.2 CC, como en el marco de la sumisión expresa del artículo 7 del Reglamento de régimen económico matrimonial, ofrecer ese Estado de celebración del matrimonio como opción para regir el fondo del asunto o para interponer la demanda, puede romper con el principio de previsibilidad de la ley aplicable y con el principio de cercanía del tribunal competente, puesto que, el lugar de celebración del matrimonio puede ser un lugar lejano que no guarde ninguna relación con el matrimonio en el momento de interposición de la demanda (P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 7). No obstante, junto a esto hay que decir que, precisamente por esto, como conexión, se ubica en último lugar, y, como foro, esta posibilidad sólo se deja para que sea elegida por los cónyuges si así lo desean.

<sup>8</sup> P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 27.

a pensar que el artículo 9.2 CC se debería aplicar al régimen económico matrimonial legal y el precepto 9.3 CC al régimen económico matrimonial pactado<sup>9</sup>.

Sin embargo, el precepto 9.3 CC se debe considerar una cláusula *salvatoria* y se debería utilizar para *salvar* la validez de los capítulos cuando estos no lo sean conforme a la ley a la que remite el artículo 9.2 CC<sup>10</sup>. Esto es, ambos preceptos coinciden en su aplicación cuando haya capitulaciones matrimoniales, si bien, en estos casos, existe una relación de jerarquía entre ellos, de tal manera que, en primer lugar se debería aplicar el artículo 9.2 CC y, cuando este precepto no otorgue validez a las capitulaciones, se acudiría al precepto 9.3 CC para intentar conseguir *salvar* los capítulos, para conseguir que estos sean válidos conforme a alguna de las otras leyes que ofrece el artículo.

17. Aplicando, por tanto, el artículo 9.2 CC, el ordenamiento argelino sería el rector del régimen económico matrimonial de la pareja y de la validez de los capítulos otorgados por ella. Según este Derecho, “*artículo 37 del Código de Familia Argelino de 9 de junio de 1984, cabe la posibilidad de que los cónyuges pacten el régimen de comunidad, conforme al cual será necesario el consentimiento de ambos esposos para la disposición de los bienes comunes*”<sup>11</sup>. Se admite, entonces, conforme a la ley de este país, que los cónyuges puedan modificar el régimen económico del matrimonio.

Incluso, aunque el Derecho argelino no permitiera el cambio de régimen económico, el artículo 9.3 CC admite la validez de las capitulaciones matrimoniales si lo son conforme a cualquiera de las leyes que recoge el precepto. Estos ordenamientos que ofrece el artículo son la ley que rige los efectos en virtud del artículo 9.2 CC y la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los contrayentes, en el momento del otorgamiento. Por lo tanto, como las capitulaciones matrimoniales se realizan siendo el esposo español, las mismas serían válidas conforme al Derecho español si, conforme a la ley que rige los efectos -ley argelina-, no lo fueran.

## B. Carácter retroactivo

18. La siguiente cuestión que nos planteamos es si las capitulaciones otorgadas en el año 2007 pueden tener efectos retroactivos al momento de la celebración del matrimonio. La solución a esta pregunta viene determinada por la propia ley conforme a la que son válidas las capitulaciones.

19. Situándonos en el marco del Derecho español, las capitulaciones matrimoniales tienen carácter irretroactivo. Así lo considera la Dirección General de los Registros y del Notariado, aludiendo

<sup>9</sup> P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 5. Para este autor, el artículo 9.3 CC se aplica cuando existe régimen económico matrimonial pactado y el 9.2 cuando no lo hay. También se ha pronunciado en este sentido, M. AMORES CONRADI, para quien “actualmente la diferencia de contenido entre los nº 2 y 3 del art. 9 no se encuentra en que se refieran a distintos conceptos, pues el supuesto del nº 3 no es sino una fracción del de su precedente, sino en que se refieren a hipótesis distintas: que haya o no pacto específico de los cónyuges sobre su régimen económico matrimonial. Con esta ordenación, y aunque el orden seguido por el legislador sea al opuesto, lo primero que debe examinarse es si existe o no pacto entre los cónyuges, si tiene validez y con qué límites, su régimen jurídico y sólo después procederá examinar la norma más general, que viene a cumplir una función subsidiaria” (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 43). Para este autor la explicación de que el artículo 9.3 CC remita a la ley de los efectos se encuentra en que, a través del primero, los cónyuges pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad material y elaborar pactos que serán válidos si la ley de los efectos les da validez (*vid.*, en este sentido, P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 228-229).

<sup>10</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado español. Valores, métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, p. 209; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 236-239; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 112-114; RDGRN de 13 noviembre 2015, FD III y IV (JUR 2016/115973).

<sup>11</sup> RDGRN 7 noviembre 2018, FD. Primero (BOE núm. 288, 29 noviembre 2018).

al artículo 1317 CC en el que se afirma que la modificación de los capítulos no puede perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros<sup>12</sup>. También el Tribunal Supremo español. En este sentido, “*Es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código Civil - STS 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5362) -, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código civil es una responsabilidad “ex lege”, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna ( STS de 15 marzo 1994 [ RJ 1994, 1787] , entre muchas otras). Cuando el artículo 1317 del Código civil establece que “la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros” determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317. El artículo 1317 del Código civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido ( SSTS 21 nov. 2005 [ RJ 2005, 7850] , 1 marzo 2006 [ RJ 2006, 1860] , 3 julio 2007 [ RJ 2007, 3792] , etc.)”<sup>13</sup>.*

**20.** Teniendo en cuenta todo lo anterior, volviendo al caso objeto del litigio, se podría afirmar el carácter retroactivo de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges en el año 2007. Son dos las razones que permiten llegar a esta conclusión.

**21.** Por un lado, la irretroactividad se relaciona con el perjuicio a terceros. Así es, el artículo 1317 CC considera que el cambio en las capitulaciones matrimoniales no puede perjudicar los derechos adquiridos ya por terceros. Por lo tanto, en el resto de situaciones, cuando no se alegue este daño, el nuevo régimen económico del matrimonio podría aplicarse desde el momento de la celebración del enlace. Todo ello, sabiendo, además, que los capítulos tienen naturaleza contractual y que, en este sector material prevalece la autonomía de la voluntad, la cual puede ser ejercida por las partes con las únicas limitaciones de la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC)<sup>14</sup>.

En nuestro caso, también, el cambio del régimen económico matrimonial que realizan los cónyuges es la operación inversa a la que suelen efectuar cuando su intención es ocasionar ese daño<sup>15</sup>. De esta manera, lo que los esposos hacen en el caso es convertir los bienes privativos de cada uno ellos en bienes gananciales y, por ello, pertenecientes a los dos. Esto no significa que la mutación no pueda perjudicar los derechos adquiridos por terceros. Sí podría ocasionar este perjuicio si, por ejemplo, el tercero cuenta con un bien de uno de los esposos y, por el cambio, ahora sólo puede contar con la mitad del valor de dicho bien porque ha pasado a ser ganancial y tras la disolución del régimen le corresponde la mitad

<sup>12</sup> RDGRN 16 abril 2003, FD. Segundo (RJ 2003\4035).

<sup>13</sup> STS 6 febrero 2008, RJ 2008\2661, FD. Segundo.  *Vid.*, también, en este sentido, STS 8 marzo 2012 (RJ 2012\5002), STS 5 octubre 2007 (RJ 2007\6798), STS 1 marzo 2006 (RJ 2006\1860), STS 5 octubre 2005 (RJ 2005\6915), entre otras.

<sup>14</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 144.

<sup>15</sup> STS 6 febrero 2008 (RJ 2008\2661), STS 8 marzo 2012 (RJ 2012\5002), STS 5 octubre 2007 (RJ 2007\6798), STS 1 marzo 2006 (RJ 2006\1860), STS 5 octubre 2005 (RJ 2005\6915). En estas sentencias del Tribunal Supremo los cónyuges hacen justo lo contrario de lo que realizan los esposos en el caso objeto de comentario. Así, lo que pactan es cambiar el régimen económico matrimonial de gananciales por uno de separación de bienes. De esta manera, los bienes que antes eran de los dos ahora pueden ser de uno de ellos, precisamente del cónyuge sin deudas, para que el otro no tenga bienes con los que pueda responder frente a sus acreedores.

del valor al cónyuge que antes era propietario único del bien. En cualquier caso, si esta modificación produjera algún perjuicio a terceros, se consideraría inoponible frente a ellos.

**22.** Por otro lado, la aparición del Reglamento 2016/1103 en el ordenamiento español abunda en la idea de la retroactividad de las capitulaciones matrimoniales, salvo en relación con los terceros que se vieran perjudicados con el cambio.

En efecto, el artículo 22 de esta norma europea indica que el cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial tendrá efectos pro futuro, a menos que haya acuerdo de los cónyuges en sentido contrario (art. 22.2)<sup>16</sup>. No obstante lo cual, si los esposos imprimen carácter retroactivo a la modificación de la ley aplicable, se acepta, pero no puede afectar negativamente a los derechos de los terceros.

El carácter prospectivo de la ley aplicable se valora de forma negativa por la doctrina porque, de esta manera, se está vulnerando el principio de unidad de ley que preside la regulación del Reglamento en esta materia de régimen económico matrimonial. Los autores piensan que sería mejor invertir la regla y establecer, como principio general, la retroactividad y, como excepción, si así lo acuerdan los cónyuges, la irretroactividad en la aplicación de la nueva ley rectora<sup>17</sup>. También hay autores que se muestran favorables a esta opción de irretroactividad del legislador, entendiéndolo que lo contrario podría implicar complicaciones en supuestos en los que, por ejemplo, el cambio de ley supusiera un cambio de régimen económico matrimonial y un cambio de bienes<sup>18</sup>. Además de lo anterior, respondiendo a la crítica vertida por aquellos que discrepan de la irretroactividad de la ley, en el marco del Reglamento, dicen, la protección del tercero se debe posicionar por encima del principio de unidad de ley<sup>19</sup>.

**23.** Por lo tanto, estamos admitiendo en nuestro ordenamiento la retroactividad de las capitulaciones matrimoniales, en algunos casos -cuando lo acuerden los cónyuges- y con ciertas limitaciones -sin perjuicio para los derechos adquiridos por terceros-. Esto supone que, por otro lado, si la ley aplicable al cambio de las mismas fuera extranjera y admitiera la retroactividad, no podríamos alegar orden público para evitar su aplicación en este punto.

## V. Otorgamiento de capitulaciones ante autoridad consular española en el extranjero

**24.** En el caso objeto de comentario se alude a otra cuestión, si bien de menor importancia, que merece también ser explicada.

**25.** Según indica la sentencia, las capitulaciones matrimoniales se otorgan ante el Cónsul General de España en Argel, se realizan, por tanto, ante autoridad consular española en el extranjero. Esto no significa, necesariamente, que los capítulos deban registrarse por el derecho español; se pueden otorgar ante autoridad española y que se encuentren regulados por Derecho extranjero. Lo que sí implica este hecho es que la forma de celebración del negocio jurídico deba ser la española (art. 11.3 CC)<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 199; L. RADEMACHER, "Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European Regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships", *CDT*, vol. 10, nº 1, p. 15; S. GODECHOT-PATRIS, "Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux: le changement dans la continuité", *Recueil Dalloz*, 17 novembre 2016, nº 39, p. 2295.

<sup>17</sup> P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 360.

<sup>18</sup> B. AÑOVIOS TERRADAS, "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 836.

<sup>19</sup> B. AÑOVIOS TERRADAS, "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 836.

<sup>20</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado español. Valores, métodos y técnicas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, p. 223.

26. Por lo tanto, tal como indica el artículo 1327 CC, las capitulaciones matrimoniales deberán constar en escritura pública. Por esta razón, el Cónsul español en Argel actúa ejerciendo funciones de notario (FD Tercero). De este modo, las capitulaciones matrimoniales son válidas desde el punto de vista formal.

## VI. Publicidad registral

27. Por último, igualmente es interesante hacer referencia a la publicidad que supone la inscripción del bien inmueble en el Registro de la Propiedad. En este sentido, en primer lugar, debemos recordar la distinción entre la ley que regula la publicidad del Registro y la ley que regula el régimen económico matrimonial. La primera de ellas sería la española, si en España se ubica el Registro donde se encuentra la inscripción del bien inmueble (art. 10.1 CC) *-lex registrationis o lex loci-*<sup>21</sup>. La segunda será la determinada por las normas de producción interna españolas -en casos de matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019 y de elecciones de ley realizadas antes de esa fecha- o por el Reglamento de régimen económico matrimonial -en el resto de los casos-.

28. Según indica el Derecho español, en relación con los bienes inmuebles que se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad nacional, debe constar el régimen económico matrimonial del que aparece como adquirente, siempre que se trate de un régimen previsto en el Derecho civil español (art. 90 RH)<sup>22</sup>. En este caso, por el principio *iura novit curia*, se deberá hacer mención a las cuotas de propiedad del bien que posee cada uno de los esposos.

Sin embargo, si el Derecho rector del régimen económico matrimonial es un ordenamiento extranjero, el operador jurídico no tiene por qué conocer el contenido del mismo y, por ello, la DGRN permite que en la inscripción se indique de manera genérica que la propiedad del bien queda sujeta al régimen económico matrimonial -extranjero- correspondiente.

En los párrafos siguientes estudiaremos con más detalle lo que acabamos de resumir aquí, en el supuesto particular objeto de la sentencia que se está comentando en este trabajo, esto es, en el caso de bienes inmuebles situados en España e inscritos en el Registro de la Propiedad nacional.

**29. Inmuebles situados en España y ley española rectora del régimen económico matrimonial (art. 90 RH).** En relación con inmuebles situados en España y que se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad, el tercero podrá saber cuál es el régimen económico del matrimonio que ha adquirido ese bien, si el mismo está regulado en el Código civil español; puesto que, en la inscripción se deberá hacer constar este dato.

Así es, el artículo 90 del Reglamento Hipotecario dispone que “1. *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.* 2. *Los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier régimen de separación o participación, se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al artículo 54 de este Reglamento.* 3. *Si el régimen económico-matrimonial vigente fuera el de participación se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente si resultare del título y la*

<sup>21</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1218; E. CASTELLANOS RUIZ, “Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: Su inscripción en el registro de la propiedad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 33, 2018, p. 18.

<sup>22</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, BOE núm. 106, de 16 abril 1947.

*disposición fuera a título gratuito*". También el artículo 51.9.a) RH y el artículo 159 del Reglamento notarial hacen referencia a esto<sup>23</sup>.

**30. Inmuebles situados en España y ley extranjera rectora del régimen económico matrimonial (art. 92 RH).** En los supuestos en los que la legislación aplicable al régimen económico matrimonial fuera extranjera, el artículo 92 RH permite al registrador que inscriba la adquisición con *sujeción a su* [del alquirente o de los adquirentes] *régimen económico matrimonial*.

Así, según el precepto, "*Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare*"<sup>24</sup>.

**31** Por lo tanto, la mención genérica a la que alude el precepto sólo podría producirse cuando el registrador supiera que el régimen económico matrimonial del adquirente se encuentra regido por un Derecho extranjero.

Así, cuando los dos cónyuges adquirentes sean extranjeros, la primera conexión del artículo 9.2 CC determinará que la ley aplicable a su régimen económico matrimonial sea un ordenamiento extranjero<sup>25</sup>. Es, en estos casos, en los que el registrador puede hacer esa mención genérica e inscribir con *sujeción a su régimen matrimonial*<sup>26</sup>. En estas circunstancias, además, se debería probar *-a posteriori-* el Derecho extranjero que regule, finalmente, el régimen patrimonial<sup>27</sup>.

**32.** El artículo 92 RH flexibiliza la regla registral en virtud de la cual debe constar claramente la extensión de los derechos inscritos, tal como prescribe el artículo 51.6 RH, así como el régimen económico matrimonial, en caso de que el adquirente esté casado y el acto o contrato afecte a la sociedad conyugal (art. 51.9.a) RH). El artículo 92 RH, por tanto, cuando la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio sea un ordenamiento extranjero, permite no hacer constar en la inscripción ese régimen económico matrimonial aplicable<sup>28</sup>.

En estos supuestos, es verdad que el encargado del Registro puede no conocer el contenido del Derecho extranjero correspondiente, pero ello no le eximiría de tener que determinar cuál es ese ordenamiento, por aplicación imperativa de la norma de conflicto española correspondiente (art. 12.6 CC). En el Registro de la Propiedad, por tanto, debería aparecer la ley que rige el régimen económico matrimo-

<sup>23</sup> Decreto de 2 junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, BOE núm. 189, de 7 julio 1994.

<sup>24</sup> RDGRN de 2 abril 2018 (RJ 2018\1496); RDGRN 19 octubre 2018 (RJ 2018\4825).

<sup>25</sup> RDGRN 2 abril 2018 (RJ 2018\1496).

<sup>26</sup> P. QUINZÁ REDONDO, "Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017", *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 12.

Esta posibilidad que ofrece el legislador español tiene varias excepciones (P. QUINZÁ REDONDO, "Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La RDGRN de 10 de mayo de 2017", *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 11; E. CASTELLANOS RUIZ, "Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: Su inscripción en el registro de la propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, n° 33, 2018, pp. 29 y ss). Así, si se trata de inscribir partes indivisas de una finca o derecho y el registrador conociere el régimen de separación de bienes que une a los cónyuges, deberá precisar la porción de cada condueño en el momento de la inscripción; haciendo prevalecer, así, el artículo 54 RH (RDGRN de 19 de diciembre de 2003 (RJ 2004\234); RDGRN 4 febrero 2004 (RJ 2004\1995); RDGRN 12 febrero 2004 (RJ 2004\2000); RDGRN 19 octubre 2018 (RJ 2018\4825); RDGRN 1 marzo 2019 (RJ 2019\1423). En todos estos casos citados de la DGRN -salvo en el último-, los cónyuges eran británicos). Por otro lado, cuando se trata de un régimen de comunidad de bienes y uno de los cónyuges adquiere el bien como privativo (E. CASTELLANOS RUIZ, "Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: Su inscripción en el registro de la propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, n° 33, 2018, pp. 33 y ss.; RDGRN 3 mayo 2016 (RJ 2016\3007); RDGRN de 10 de mayo de 2017 (RJ 2017\2351).

<sup>27</sup> P. QUINZÁ REDONDO, "Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017", *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, pp. 4-5.

<sup>28</sup> Todo ello está muy bien explicado en la RDGRN de 2 abril 2018 (RJ 2018\1496) y en la RDGRN de 1 marzo 2019 (RJ 2019\1423)

nial del sujeto que adquiere el bien en cuestión<sup>29</sup>; y, en caso de disparidad en lo inscrito en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad, prevalecería, en esta materia, lo recogido en este último<sup>30</sup>. Sin embargo, como acabamos de mencionar, primero la DGRN y después el artículo 92 RH -en la reforma de 1982-, permiten que esto no sea así y que no se deba determinar qué Derecho extranjero es el rector del régimen económico matrimonial del adquirente en el momento de la adquisición<sup>31</sup>.

Así es, la DGRN ha mantenido la tesis según la cual se puede diferir al momento de la enajenación del inmueble la determinación del régimen económico matrimonial. En el Registro se hará la mención de la adquisición *con sujeción a su régimen matrimonial* y, con posterioridad, se fijará cuál es ese régimen económico matrimonial<sup>32</sup>. Así lo recoge expresamente, por ejemplo, en la Resolución de 7 de marzo de 2007: “*El recurso ha de ser estimado. Cuando se trata de adquisiciones realizadas por cónyuges extranjeros, la doctrina de este Centro Directivo, elaborada, entre otras, por las Resoluciones citadas en los «Vistos», consiste en que no es exigible la determinación del régimen matrimonial, pues resulta más eficaz diferir tal determinación para el momento de la enajenación. Por ello, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476 y 642) establece que, en este caso, la inscripción se hará a favor de los adquirentes «con sujeción a su régimen matrimonial». El mismo artículo permite que se haga la inscripción, pues sólo exige que se exprese el régimen en el Registro si el mismo constare*”.

**33.** No obstante lo anterior, como acabamos de referir, el propio artículo 92 RH indica que esa mención genérica podrá practicarse salvo que constara cuál es el régimen económico matrimonial al registrador. Por lo tanto, si el encargado del Registro conoce el contenido del Derecho extranjero aplicable, deberá indicar en la inscripción cuál es este.

Para determinar ese contenido de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, el notario puede aplicar su conocimiento privado al respecto, al menos eso es lo que puede deducirse del artículo 36 del RH<sup>33</sup>. Efectivamente, aunque este precepto alude al conocimiento privado del registrador en relación con las formas y solemnidades extranjeras y a la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, la DGRN y la jurisprudencia menor extiende esa posibilidad, también, al contenido de la ley rectora del régimen económico matrimonial<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> RDGRN 2 abril 2018 (RJ 2018\1496).

<sup>30</sup> L.F. CARRILLO POZO, “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *CDT*, vol. 4, nº 1, marzo 2012, pp. 107-108.

<sup>31</sup> RDGRN 2 abril 2018 (RJ 2018\1496).

<sup>32</sup> RDGRN 7 marzo 2007 (RJ 2007\1576). *Vid.*, también, RDGRN 5 marzo 2007 (RJ 2007\6141); RDGRN 3 enero 2003 (RJ 2003\2182); RDGRN 26 febrero 2008 (RJ 2008\2100); RDGRN 3 febrero 2014 (RJ 2014\1974).

*Vid.*, criticando esta posición de la DGRN, C. MINGORANCE GONSÁLVIZ, “Registro de la propiedad y régimen económico de los matrimonios extranjeros en España”, *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2010, pp. 64-65, 67-68; L.F. CARRILLO POZO, “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *CDT*, vol. 4, nº 1, marzo 2012, pp. 106-107.

<sup>33</sup> P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 2067-2068, año 2008, p. 2767.

Artículo 36 RH: “*los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrán acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente*”.

<sup>34</sup> SAP Alicante 15 diciembre 2005 (JUR 2006\129499); RDGRN 19 diciembre 2003 (RJ 2004\234); RDGRN 4 febrero 2004 (RJ 2004\1995); RDGRN 28 octubre 2015 (RJ 2015\6046); RDGRN 15 febrero 2016 (RJ 2016\1741). Según esta última resolución, las normas sobre prueba del Derecho extranjero por órganos judiciales -el artículo 33 de la LCJIMC-, son generales y ceden frente a la aplicación de una regulación especial como puede ser la existente en relación con la aplicación extrajudicial -registral- del Derecho extranjero; prevista, esta última, en el artículo 36 RH (*vid.*, también, E. CASTELLANOS RUIZ, “Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: Su inscripción en el registro de la propiedad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 33, 2018, p. 31).

SAP Alicante 15 diciembre 2005: “*la literalidad del precepto establece la indicación del régimen económico matrimonial «si constare», no concretando si esta constancia, debe estar referida al Notario que autoriza la escritura o al Registrador*”.

**34.** Debemos distinguir, en todo lo expuesto en este epígrafe, entre la determinación del Derecho aplicable y la concreción del contenido del mismo. En el caso que acabamos de analizar, el Derecho aplicable se sabe que debe ser extranjero. Es más, aplicando la norma de conflicto correspondiente, el registrador debe conocer de qué derecho extranjero se trata. Sin embargo, lo que el artículo 92 RH permite es que no conste en la inscripción cuál es ese ordenamiento jurídico aplicable al régimen económico matrimonial, sabiendo, repetimos de nuevo, que debe ser uno extranjero.

Esto es, con la mención genérica de que la adquisición se realiza *con sujeción al régimen económico matrimonial*, el tercero sabe que la ley aplicable al mismo es un Derecho extranjero, pero no conocerá de qué ordenamiento extranjero se trata -ni su contenido, por supuesto-.

Este hecho es criticable desde el momento en que el registrador está obligado a aplicar la norma de conflicto correspondiente y, por tanto, debe conocer el Derecho extranjero aplicable al régimen económico matrimonial; cuestión diferente es exigirle el conocimiento del contenido del mismo, el principio *iura novit curia* lo impide.

Por lo tanto, distinguiendo entre el Derecho extranjero aplicable y el contenido concreto del mismo, entendemos que este último se pueda diferir a un momento posterior -el de la enajenación del bien-, sin embargo, la determinación de cuál sea la legislación extranjera aplicable debería constar en la inscripción, primero, porque el registrador debería conocerla, y segundo, porque puede beneficiar a los terceros que conozcan el contenido de la misma.

**35.** En el caso en cuestión, en el Registro aparece que el bien se ha adquirido *perteneciendo el 100 % del pleno dominio a D<sup>a</sup> Virginia y a D. Jacobo, por título de adjudicación administrativa con carácter presuntivamente ganancial (folio 28) (FD Tercero)*, con lo cual, debemos entender que el registrador ha considerado que el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial es el español y no el argelino. Este hecho nos lleva a pensar en que se ha incurrido en error, puesto que, como ya se ha expuesto anteriormente, según el artículo 9.2 CC, la rectora de los efectos debe ser la argelina -separación de bienes, por tanto-. Y, por otro lado, las capitulaciones matrimoniales, con las que podríamos entender que los cónyuges cambian la ley aplicable a su régimen económico del matrimonio con carácter retroactivo y hacen prevalecer la sociedad de gananciales, se otorgan después de la inscripción del bien en el Registro de la Propiedad.

Por todo ello, podemos deducir que se ha ignorado el elemento de extranjería en el caso y se ha resuelto la solicitud de inscripción aplicando el Derecho español como si el supuesto fuera interno.

---

*de la Propiedad que la califica y la inscribe, pero la interpretación no puede realizarse como pretende el apelante, referida únicamente al título, así en caso de que el Notario tuviese constancia del régimen matrimonial de los adquirentes sometidos a legislación extranjera deberá hacerlo constar en la escritura, la constancia del régimen matrimonial extranjero no debe quedar limitada sólo al Notario sino que es también extensiva al Registrador de la Propiedad en virtud de la responsabilidad que asume en la inscripción del título, debiendo ser confirmada la sentencia de instancia en los argumentos expuestos en la misma en relación a la mención del régimen económico matrimonial, siendo por tanto aplicable el artículo 36 del RH (RCL 1947, 476 y 642) pues conforme al artículo 9.2 del CC (LEG 1889, 27) el régimen económico matrimonial está dentro de las cuestiones relativas a las personas, debiendo ser rechazada la alegación del apelante, de que el artículo 36 es únicamente aplicable a documentos inscribibles otorgados por extranjeros en territorio español en relación a la capacidad de las personas y no al régimen económico matrimonial”.*

ÁMBITO MATERIAL DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS,  
PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES (B2C) Y ACCIONES  
COLECTIVAS DE CESACIÓN: COMENTARIO A LA STJUE  
MOVIC BV (C-73/19)

MATERIAL SCOPE OF BRUSSELS I BIS REGULATION, UNFAIR  
COMMERCIAL PRACTICES (B2C) AND INJUNCTIONS TO  
PROTECT COLLECTIVE CONSUMERS INTERESTS: CJEU  
JUDGMENT MOVIC BV (C-73/19)

ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN  
*Lecturer in Law (GBS-UOC)*  
*Abogada del ICAM*

Recibido: 15.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6016>

**Resumen:** La STJUE Movic BV contiene cuestiones relativas al Derecho internacional privado europeo (DIPr) y al Derecho derivado de prácticas comerciales desleales y de consumo de la UE. Uno de sus aspectos más interesantes es la interpretación del concepto europeo de “materia civil y mercantil” del Reglamento Bruselas I bis. Un concepto que lejos de ser pacífico ha generado numerosas cuestiones de tipo prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de tribunales y autoridades de los Estados miembros desde los orígenes de este (i.e.: Convenio de Bruselas de 1968) en todos instrumentos del DIPr patrimonial europeo. La materia objeto del litigio depende de ser caracterizada como materia “civil y mercantil” para entender que tiene cabida en el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis. Para ello, los tribunales tienen que considerar dos elementos clave que el TJUE ha ofrecido en esta jurisprudencia sobre el concepto “materia civil y mercantil” y que en este asunto, se vuelven a traer a colación.

De otra parte, en relación con el Derecho derivado de consumo, siendo parte de su contenido la regulación de las prácticas comerciales desleales contra los consumidores, el asunto Movic BV, también se hace eco de aspectos controvertidos cómo son es la naturaleza de las acciones transfronterizas de cesación atendiendo al complejo entramado y relación de normas de este *acquis communautaire*.

**Palabras clave:** materia “civil y mercantil”; prácticas comerciales desleales; prácticas de mercado; *Business to consumer (B2C)*; Reglamento Bruselas I bis; *locus standi*; *iure imperii*; acciones de cesación; multas coercitivas; asociaciones de consumidores; intereses colectivos; autoridad; Directiva 29/2005; Directiva 22/2009

**Abstract:** *Movic BV* case before the CJEU is a quite interesting preliminary ruling with regard to the European Private international law (EPIL) as well as to the unfair commercial practices and consumer law of the EU substantive law on the subject. One of the most remarkable aspects concerning the EPIL is the analysis that the CJEU made of the far from being pacific autonomous concept, –“civil and commercial matters”–, of the Brussels I bis Regulation. An autonomous concept which has generated since the origin of the Brussels I bis regulation (i.e.: 1968 Brussels Convention), a wide array of preliminary rulings on its interpretation. Besides, the CJEU analysed the material scope and the active or passive standing of the parties to bring cross border actions before the Courts, by means of the assessment of the legal relationship given by the subject matter of the action.

On the other hand, –as the merits of the case are related to B2C unfair commercial practices and consumer law of the EU–, the CJEU analyses whether certain remedies set out in these consumer protection rules, –namely, the cease and desist orders (injunctive relief) as collective redress–, can be considered or not also within the material scope of the Brussels I bis Regulation and the interplay between all these *acquis communautaire*.

**Keywords:** civil and commercial matters; unfair commercial practices; Business to consumer-B2C; unfair trading practice; Brussels I bis Regulation; locus standi; iure imperii; cease and desist orders (orders for the cessation); injunctions; penalty payments; consumer organizations/associations; collective interest; public authority; powers conferred by a legislative act; Directive 2005/29; Directive 2009/22.

**Sumario:** I. Introducción: 1. Prácticas comerciales desleales B2C, prácticas de mercado y Reglamento Bruselas I bis; 2. Resumen de los hechos y de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; II. Las consideraciones de Derecho internacional privado; 1. Elementos para interpretar el concepto europeo “materia civil y mercantil” y el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis; 2. Exclusión de los actos *iure imperii* del ámbito material del Reglamento Bruselas I bis; 3. Jurisprudencia anterior relacionada en relación con la tutela transfronteriza de los consumidores contra prácticas comerciales desleales B2C; 4. La vinculación de la cuestión accesoria con la principal y la aplicación del Reglamento Bruselas I bis; III. Sobre el fondo del asunto: el Derecho derivado de prácticas comerciales desleales y de consumo. La tutela de los “intereses económicos colectivos”; 1. El artículo 11 de la Directiva 2005/29 de prácticas comerciales desleales y la relación con la Directiva 2009/22; 2. El significado de “intereses colectivos de los consumidores” en el Derecho derivado de protección a los consumidores y lucha contra las prácticas comerciales desleales B2C; IV. Conclusiones.

## I. Introducción

### 1. Prácticas comerciales desleales B2C, prácticas de mercado y Reglamento Bruselas I bis

1. La STJUE *Movic BV* (C-73/19) suscita interés para el Derecho internacional privado europeo, en especial, al Derecho procesal civil internacional. La interpretación del TJUE en este caso gira en torno al concepto europeo “materia civil y mercantil”<sup>1</sup>, y el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis<sup>2</sup>. Un concepto que ha producido numerosas cuestiones prejudiciales al TJUE en todos los instrumentos de DIPr patrimonial europeo relativos a la materia civil y mercantil. Siendo la jurisprudencia del TJUE relevante para interpretar este concepto. Uno de los motivos por los que debe atenderse a esta jurisprudencia es que este concepto no ha sido nunca desarrollado con precisión por estos instrumentos jurídicos. Solo definido por el legislador europeo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> STJUE (Sala Primera), *Movic BV*, de 16 de julio de 2020, C-73/19, (ECLI:EU:C:2020:568); Conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar, de 23 de abril de 2020, C-73/19 (ECLI:EU:C:2020:297) J. I. PAREDES PÉREZ, “Ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I bis y acciones colectivas de cesación ejercitadas por autoridades públicas en defensa del interés general de los consumidores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, asunto C-73/19) (LA LEY 69263/2020 *Movic BV* y otros”, *Diario La Ley Unión Europea*, nº84, 2020; G. VAN CALSTER, “Enforcement of unfair trading practices and “civil and commercial”. Szpunar AG extensively in *Movic* (reticket tours)”, 28/04/2020, disponible en: <https://gavclaw.com/tag/acta-iure-imperii/>; ID., “The CJEU in *Movic* on enforcement of unfair trading practices and the less than abstract determination of “civil and commercial”, 15/07/2020, disponible en: <https://gavclaw.com/2020/07/16/the-cjeu-in-movic-on-enforcement-of-unfair-trading-practices-and-the-less-than-abstract-determination-of-civil-and-commercial/>; F. MÉLLIN, “Règlement Bruxelles I bis : à propos de la notion de “matière civile et commerciale””, *Dalloz actualité*, 8 septiembre de 2020, disponible en: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/reglement-bruxelles-i-bis-propos-de-notion-de-matiere-civile-et-commerciale#.X61OIS9Q2vM>

<sup>2</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, 20 de diciembre de 2012, *DOUE*, L 135/1.

<sup>3</sup> G. VAN CALSTER, “Enforcement of unfair trading practices and “civil and commercial”. Szpunar AG extensively in *Movic*...”, *loc.cit.*

2. En este caso, la cuestión prejudicial nace con la interpretación de si las acciones transfronterizas colectivas de cesación (*collective redress*) establecidas en la Directiva 2009/22<sup>4</sup>, –que pueden entablar las personas jurídicas que tengan la capacidad reconocida por la norma para tutelar los intereses colectivos de los consumidores (sean entidades de Derecho público o Derecho privado)–, tienen cabida o no en el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis.<sup>5</sup> La pregunta recuerda a la STJUE *Henkel* y jurisprudencia posterior, comparándose con la misma.

3. El Derecho derivado de prácticas comerciales desleales que se aplica al fondo de este asunto, puede considerarse no sólo como puro Derecho privado, sino que ha avanzado en el Derecho de la UE hacia la consideración de Derecho privado Institucional. A la luz de los intereses económicos que tutela, en concreto, cuando en la DPCD se incluye la tutela del buen funcionamiento del mercado interior, aparte de los intereses colectivos de los consumidores B2C y de los competidores B2B (estos últimos tutelados de forma indirecta mediante la tutela realizada a los consumidores)<sup>6</sup>. No todas sus normas son dispositivas para las partes o pueden considerarse Derecho dispositivo, característica principal del Derecho privado. Sus características actuales, le hacen ser parte de un cuerpo de normas que pertenecen a lo que se conoce como Derecho de mercado (*Market Law*). Siendo una de sus peculiaridades en el ámbito del Derecho privado europeo, los límites que tiene con el Derecho público en algunos de estos intereses que tutela y los medios de tutela que se pueden establecer para protegerlos<sup>7</sup>.

4. Este tratamiento como Derecho privado Institucional no está reconocido de forma expresa aún en el acervo de normas de la UE, ni en el Derecho de los Estados miembros. No obstante, se trae a colación por las razones que se explicarán en el epígrafe relativo a las cuestiones de fondo. Especialmente en la interpretación de “intereses colectivos/generales” de los consumidores y la interposición de determinado tipo de acciones procesales para prevenir las prácticas comerciales desleales de tipo B2C.

La complejidad en la interpretación de este acervo de normas en litigios con elemento extranjero reside en la debida conexión-relación que debe hacerse de todo el *acquis communautaire* del Derecho de consumo europeo, incluyendo la lucha contra las prácticas comerciales desleales con los instrumentos de DIPr patrimonial europeo<sup>8</sup>.

## 2. Resumen de los hechos y de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

5. En el año 2016, las autoridades belgas de protección de consumidores (*Belgische Staat-Directeur Generaal van de Algemene Directie Economische Inspectie*) citaron ante el juzgado de lo mercantil

<sup>4</sup> Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, *DO L 110*, 2009, p. 30.

<sup>5</sup> STJUE *Henkel*, de 1 de octubre de 2002, C-167/00 (ECLI:EU:C:2002:555).

<sup>6</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) N°2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”), 11 de Junio de 2005, *OJ L 149*, p. 22.

<sup>7</sup> Siendo por ello considerado en parte como Derecho económico, cuyos principios vectores nacen de los derechos fundamentales de las Constituciones económicas, como el derecho a la libre empresa; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1992; F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition Law*, Beck, 2013; W. H. BOOM, “Unfair Commercial Practices”, n C. TWIGG-FLESNER (ED.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law (Research Handbooks in European Law series)*, Cheltenham, 2016, pp. 388-405, esp. p. 399: “ (...) From this perspective, the UCP Directive is typical of the classical economic framework of EU consumer policy”; H. COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *ECLR*, 2005, pp. 417 y ss; N. REICH, *Undertanding European Consumer Law*, Intersentia, 2009; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contract*, Université Aix Marseille, 2002; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, 2ªed., Elgar European Law, 2013, esp. pp. 92-143.

<sup>8</sup> Apoyándose en estas líneas, lo que se denomina el análisis holístico del Derecho, que analiza el todo para llegar a la suma completa de las partes; C.P. PAMBOUAKIS, “Droit international privé holistique: Droit Uniforme et droit international privé”, *Rec. Des C.*, t. 330. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 27-447.

(*Rechtbank van koophandel Antwerpen-afdeling Antwerpen*) en Amberes (Bélgica) en un procedimiento de medidas cautelares, a tres sociedades holandesas: *Movic*, *Events Belgium* y *Leisure Tickets & Activities international*. Estas empresas operan en el mercado belga a través de sus páginas web atrayendo a consumidores belgas. La pretensión principal se sostenía en la demanda en que estas empresas habían estado revendiendo tiques de conciertos/espectáculos mediante sus páginas *web* a un precio superior al inicial de lo que costaban las entradas. Según el Derecho belga no se pueden revender entradas (*resale tickets*) a un precio superior del original de la misma.

Con ello, estas empresas estaban infringiendo la normativa belga, en particular la Ley de 30 de julio de 2013 y el Título IV, capítulo I, del Código de Derecho económico (*Wetboek economisch recht*) donde se transpusieron en la normativa belga las disposiciones relativas a la DPCD<sup>9</sup>. De otro lado, las acciones que se interponen por esta autoridad belga que representa a los consumidores y que tiene por misión también el mantenimiento de la lealtad en las relaciones de mercado, fueron varias. Entre ellas, la acción declarativa de deslealtad de este tipo de prácticas comerciales desleales *B2C* así como las acciones colectivas de cesación en base a la Directiva 2009/22 relacionada con la DPCD en la tutela de intereses colectivos de los consumidores<sup>10</sup>. De forma accesoria a la cuestión principal, las autoridades belgas solicitaban una multa coercitiva contra dichas sociedades holandesas por cada infracción comprobada y la publicidad de la resolución pronunciada.

6. La representación procesal de las empresas holandesas plantea cuestión de incompetencia judicial internacional basándose en que las autoridades belgas de protección de consumidores actuaban revestidas de poder público. Ello hacía imposible la aplicación del Reglamento Bruselas I bis por tratarse de un acto *iure imperii*. El 25 de octubre del 2017, el juzgado de los mercantil de Amberes se declara incompetente fallando a favor de la excepción de incompetencia planteada por las demandadas, considerando que las acciones no se podían entender incluidas en la materia “civil y mercantil” a efectos del Reglamento Bruselas I bis.

7. Contra esta resolución, las autoridades belgas interponen resolución ante el Tribunal de Apelación de Amberes (*hof van beroep te Antwerpen*). Se debatía si el uso de atribuciones de una autoridad para ejercitar una acción con objeto de poner fin a las infracciones de la Ley de 30 de julio y del CDE es una potestad y ejercicio del poder público y que la actividad que realizan no afecta a las autoridades. No obstante, las autoridades belgas defendieron que estaban ejerciendo su poder para representar el interés colectivo de los consumidores frente a prácticas comerciales desleales *B2C*, porque así lo tenían otorgado por la normativa belga y el Derecho de la UE en la materia.

8. Ante esta circunstancia, el Tribunal de Apelación de Amberes decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE especialmente la siguiente cuestión prejudicial; “¿Queda comprendida en la “materia civil y mercantil” en el sentido del artículo 1, apartado 1º del Reglamento 1215/2012, un litigio relativo a una acción dirigida que se declare y se ordene la cesación de prácticas de mercado y/o prácticas comerciales infractoras frente a consumidores, ejercida por una autoridad belga (...) y puede

<sup>9</sup> *Belgisch Staatbald* de 6 de septiembre de 2013, prohíbe la reventa de entradas con carácter habitual, la exhibición de entradas para su reventa con carácter habitual y el suministro de medios que se utilicen para la reventa con carácter habitual. Aparte, la citada norma también prohíbe la reventa ocasional de entradas a un precio superior a su precio definitivo. A diferencia de la situación en España, donde la DPCD se transpone en la Ley de competencia desleal. Puede accederse al mismo en francés en la siguiente página web: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2013/02/28/2013A11134/justel>; sobre el tratamiento de estas acciones en Bélgica, S. VOET, “Consumer Collective Redress in Belgium: Class Actions to the Rescue?”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 16, 2015, pp. 121-143.

<sup>10</sup> Conclusiones AG Sr Szpunar, STJUE *Movic BV*, p. 13, en relación con este particular considera que la autoridad remitente no explica de qué modo se relacionan entre sí, las prácticas comerciales desleales y las de mercado. Únicamente explican que la Ley 30 de julio de 2013 se debe considerar *lex specialis* frente al Código de Derecho económico. Pero que, no obstante, deduce el AG Sr Szpunar que ambos actos legislativos están orientados al mismo objetivo: la tutela de los intereses colectivos de los consumidores. El TJUE debe también proporcionar al tribunal remitente todos los elementos de interpretación del Derecho de la UE que puedan permitirle resolver el asunto que le ha sido sometido reformulando la cuestión prejudicial si es necesario; STJUE *Movic BV*, FD. 29-30.

*quedar comprendida, por tal motivo, en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento una resolución judicial dictada en tal litigio?”<sup>11</sup>.*

## II. Las consideraciones de Derecho internacional privado europeo

### 1. Elementos para interpretar el concepto europeo “materia civil y mercantil” y el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis

9. La STJUE responde, –atendiendo a lo anterior–, a si el litigio principal basado en acciones transfronterizas de cesación contra prácticas comerciales desleales *B2C* y prácticas de mercado, tienen cabida en el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis, *i.e.*: artículo 1 apartado 1<sup>12</sup>. Y deben considerarse como materia civil y mercantil según el mismo instrumento jurídico.

10. El concepto europeo “materia civil o mercantil” siendo un concepto “autónomo” de los instrumentos del DIPr patrimonial europeo, ha sido siempre controvertido<sup>13</sup>. Muchas materias que se entienden comprendidas en el Derecho civil patrimonial y / o Derecho privado que este instrumento y los de DIPr patrimonial europeo abarcan, no están todavía armonizadas en el Derecho derivado de la UE para los Estados miembros. Su interpretación, por tanto, debe ser acorde a los principios vectores de estos instrumentos de DIPr y del Derecho privado de los Estados miembros, garantizando la igualdad, coherencia e uniformidad de los derechos y obligaciones que emanan de todos ellos, así como los instrumentos de Derecho derivado que puedan considerarse como Derecho privado, como es el caso del Derecho de consumo europeo<sup>14</sup>, o Derecho privado Institucional, como es el caso del Derecho contra las prácticas comerciales desleales *B2C*<sup>15</sup>.

11. Implica entonces que se deben hacer diferencias entre lo que debe entenderse cómo materia civil y la mercantil y lo que se considera para el Reglamento Bruselas I bis, –a efectos de poder calificar debidamente la pretensión de las partes–, como Derecho privado y / o público. Con independencia de cómo se observe en el Derecho sustantivo de los Estados miembros<sup>16</sup>. Esto a su vez comprende un

<sup>11</sup> Las demandadas, el Gobierno belga y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. La vista se celebró el 29 de enero de 2020 (Conclusiones AG Sr Szpunar, STJUE *Movic BV*, p. 11.)

<sup>12</sup> *Vid.* Cdo. 10 del Reglamento Bruselas I bis; STJUE *Gradbeniško Korana*, de 29 de febrero de 2019, C-579/17 (ECLI:EU:C:2019:162); G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart (Bloomsbury), 2017, pp. 23-24.

<sup>13</sup> C. TOADER, “La notion de matière civile et commerciale », en B. HESS, E. JAYME Y H.P. MANESSEL (EDS.), *Europea als Rechts- und Lebensraum : Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geberstag am 18 Juni 2018*, Bielefeld, 2018, pp. 515-526.

<sup>14</sup> Por todos, H.-W. MICKLITZ, N. REICH Y P. ROTT, *Understanding European Consumer Law*, Intersentia, 2009, considerando el Derecho de consumo europeo como la base de lo que puede considerarse el Derecho privado europeo; , K.J.CSERES, “Enforcing the Unfair Commercial Practices Directive: the Enforcement Model of the Netherlands”, en T. TOTH, *Unfair Commercial Practices: The Long Road to Harmonized Law Enforcement*, Pazmany Press, 2014, pp. 19-36, las prácticas comerciales desleales son consideradas parte del acervo de normas de Derecho privado de todos los Estados miembros y del Derecho derivado de la UE y no infracciones administrativas objeto de Derecho público. Aunque pueda existir una relación entre la aplicación privada y pública de las mismas.

<sup>15</sup> G. VAN CALSTER, “Enforcement of unfair trading practices ...”, *loc.cit.*; B.HESS, “The Private-Public Divide in International Dispute Resolution”, *Rec des C.*, vol. 388, The Hague, 2018; M. WELLER, “Opinion of AG Szpunar on “civil and commercial matters” according to Article 1(1) Brussels I bis Regulation in Case C- 73/19-Movic”, *Conflict of Laws*, 23 abril de 2020; *id.* “ECJ on “civil and commercial matters” under Article 1 (1) Brussels I bis Regulation, judgment of 16 July 2020, C-73/19-Movic”, *Conflict of Laws*, 12 de agosto 2020, disponible en: <https://conflictoflaws.net/2020/ecj-on-civil-and-commercial-matters-under-article-1-1-brussels-ibis-regulation-judgment-of-16-july-2020-c-73-19-movic/>; sobre la coherencia en el DIPr patrimonial europeo y los problemas de interpretación, S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 70, n°2, julio diciembre 2018, pp. 17-47; J. I. PAREDES PÉREZ, “Ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I bis y acciones colectivas de cesación ejercitadas por autoridades públicas en defensa del interés general de...”, *loc.cit.*; Conclusiones AG Sr Szpunar, STJUE *Movic BV* FD. 41, la coherencia de la que habla en relación al Reglamento Roma II, cuando analizó la posición en la STJUE *Henkel*.

<sup>16</sup> STJUE *Movic BV*, FD. 33 (referencia a la reciente STJUE *Rina*, C-641/18 (EU:C:2020:349)); STJUE *flyLAL Lithuanian Airlines*, de 23 de octubre de 2014, C-302/13 (ECLI:EU:C:2014:2319), FD. 24; STJUE *Fahnenbrock* y otros c. República

debate interesante que excede de las ideas que deben hacerse en este comentario, los límites entre el Derecho público y el Derecho privado y cómo el legislador europeo ha tenido en cuenta los principios del Derecho privado y público de los Estados miembros para la consecución de los instrumentos de DIPr patrimonial europeo que, de forma posterior, el TJUE interpreta para asegurar la coherencia y uniformidad en su aplicación práctica ante las autoridades y tribunales de los Estados miembros<sup>17</sup>.

12. El TJUE lo ha ido interpretando de forma amplia en su jurisprudencia y en este asunto lo ha vuelto a poner de relieve<sup>18</sup>. Para saber si una materia está comprendida en su ámbito material y no está excluida de aquellas que considera como Derecho público, hay que atender especialmente a dos elementos; (i) la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantiza el Reglamento Bruselas I *bis* (objeto del litigio), (ii) y la relación jurídica entre las partes<sup>19</sup>. Con carácter alternativo, a los fundamentos y modalidades de ejercicio de la acción entablada (dados por el Derecho procesal de cada Estado miembro o el Derecho derivado de la UE)<sup>20</sup>.

13. Si la naturaleza de la acción está ligada al ejercicio del poder público, entonces se entenderá excluida del ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis*, como se analiza en el siguiente apartado.

## 2. Exclusión de los actos *iure imperii* del ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis*

14. Después de analizar la naturaleza del litigio y su objeto hay que atender al segundo elemento para poder caracterizar el litigio como “materia civil y mercantil” en el Reglamento Bruselas I *bis*. El segundo elemento es la naturaleza jurídica de la relación entre las partes. Para poder determinar si en casos como éste, quien ostenta la legitimidad activa siendo una entidad de carácter público, lo ha hecho ligada al ejercicio del poder público. Pudiendo entenderse que, de ser así, es un acto *iure imperii*, que no está incluidos en el ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis*<sup>21</sup>.

15. Como recuerda el TJUE y la Doctrina, el acto *iure imperii* requiere que la autoridad actúe en su función pública representando al Estado. Esto es, si la potestad otorgada a la autoridad está otorgada por normas de Derecho público o no. O que también podría haber sido otorgada a una entidad de Derecho privado (prerrogativas que particulares no pueden utilizar en igualdad de condiciones frente a la entidad pública)<sup>22</sup>.

---

Helénica, de 11 de junio de 2015, C-226/13, C-245/13, C-247/13 (ECLI:EU:C:2015:383), FD. 34; STJUE *Pula Parking*, de 9 de marzo de 2017, C-551/15 (ECLI:EU:C:2017:193); en la Doctrina: *Ibid* (VAN CALSTER), pp. 23-24; A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 1, 16ªed., Comares, 2016, pp. 210-212

<sup>17</sup> *Vid. supra* Epígrafe I.2; M. WELLER, “Opinion of...”, *loc. cit.*; Conclusiones AG Sr Szpunar STJUE *Movic BV*, en relación a la STJUE *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sarl*, de 28 de julio de 2016, C-191-15 (ECLI:EU:C:2016:612); J. I. PAREDES PÉREZ, “Ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* y acciones colectivas de cesación ejercitadas por autoridades públicas en defensa del interés general...”, *loc. cit.*

<sup>18</sup> STJUE *Movic BV* FD. 34; A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 211 y p. 217, el TJUE ha interpretado de forma amplia el concepto materia civil y mercantil y de forma estricta que debe entenderse como excluido del concepto (por tanto del ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis*).

<sup>19</sup> A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 211, no siendo relevante tal como dicen los autores, –tras su análisis de la jurisprudencia del TJUE en la materia–, la naturaleza de la materia o procedimiento judicial.

<sup>20</sup> *Infra* I.2; *Ibid* (VAN CALSTER), pp. 23-24; STJUE *Movic BV* FD. 37.

<sup>21</sup> STJUE *Ruffer*, de 16 de diciembre de 1980, C-814/79 o más reciente la STJUE *Fahnenbrock* y otros, FD. 7 y 8 (ECLI:EU:C:1980:291); A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional... (vol.1)*, *op. cit.*, p. 214; P. ROGERSON, “Article 1” en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I Regulation (2<sup>nd</sup> Revised Edition)*, Commentaries on Private International Law, Sellier, 2012, pp. 47-75, esp. pp.54-55.

<sup>22</sup> G. VAN CALSTER, “Enforcement of unfair trading practices...”, *loc. cit.*; STJUE *Sunico*, 12 de septiembre de 2013, C-49/12 (ECLI:EU:C:2013:545); A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional... (vol.1)*, *op. cit.*, p. 155; R. ARENAS GARCIA, “Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y deudas fiscales. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013, Asunto C-49/2012, “The Commissioners of Her Majesty’s Revenue & Customsy Sunico ApSm M & B Holdings ApS, Sunil Kumar Harwani”, *Deloitte-CISS*, Diciembre 2013, pp. 40-58.

16. Desde la STJUE *Eurocontrol*, el TJUE estableció que el Reglamento I *bis* se aplica a los litigios entre las autoridades y los particulares, cuando éstas no actúan en su capacidad de representación del Estado, y las facultades que les has sido otorgadas no representan el ejercicio del poder público<sup>23</sup>. En estos supuestos, además, la autoridad no es la demandada que tenga que alegar su inmunidad de jurisdicción<sup>24</sup>.

En la STJUE *Pula Parking*, el TJUE ya puso de relieve este aspecto. El hecho que se deleguen ciertas facultades a una autoridad no significa que dicha autoridad ejerza prerrogativas de poder público (y que sus poderes sean exorbitantes frente a los particulares). Aparte, el AG Sr Szpunar recuerda que la interpretación sobre “prerrogativa de poder público” se tiene que hacer acorde a lo establecido por la jurisprudencia del TJUE en la interpretación del ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis*. Una forma más de volver a recordar que es un concepto europeo que hay que interpretar de forma uniforme en casos análogos.

*A sensu contrario*, en la STJUE *Kuhn*, el TJUE habiendo examinado la relación entre el particular y la autoridad del Estado miembro en cuestión, consideró que siendo lo importante la posición del Estado frente al particular, si existía prerrogativa de poder público<sup>25</sup>.

17. En el asunto *Movic BV*, la autoridad no está actuando en representación del Estado, sino en calidad de organización que tutela intereses de los consumidores, porque así tiene otorgada esta facultad por la norma belga. La misma facultad y ejercicio podría haberse otorgado a una entidad de Derecho privado, en las mismas condiciones. La norma del Derecho derivado en cuestión, –como se explicará en el epígrafe III–, otorgó a cada Estado miembro la facultad de legitimar a entidades de Derecho público o privado para la tutela de los consumidores por igual<sup>26</sup>. Estas prerrogativas son las mismas que se otorgan a las organizaciones de protección de los consumidores de carácter privado legitimados para la defensa de los consumidores. No se están haciendo reservas a las autoridades belgas mediante privilegios. Por ello, la posición procesal que ostentan frente a los profesionales la misma. No hay desequilibrio procesal en su relación jurídica, entre la de las autoridades que tutelan los intereses colectivos de los consumidores y las empresas demandadas del otro Estado miembro. Siendo determinante para poder valorar que finalmente puedan entenderse comprendidas este tipo de acciones transfronterizas en el ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis*.

18. Tampoco en como la autoridad belga de protección a los consumidores obtuvo las pruebas que aportó en el litigio, que se basaban en reclamaciones de consumidores que le llegaban por ser la que debe recibirlas. De nuevo, si hubiera sido una entidad de Derecho privado también le hubiesen llegado dichas reclamaciones de la misma forma, para aportarlos en el litigio principal. De ahí que el AG Sr Szpunar lo compare con la respuesta ofrecida por el TJUE en la STJUE *Sunico*. El hecho que hayan obtenido pruebas gracias a sus prerrogativas de poder público no tiene que afectar a la relación jurídica entre las partes ni al objeto o naturaleza jurídica del litigio que sigue siendo Derecho privado<sup>27</sup>.

El TJUE y el AG Sr Szpunar lo ponen de relieve cuando reconocen que una acción que haya sido ejercitada por una autoridad no puede quedar excluida del ámbito de aplicación del Reglamento

<sup>23</sup> STJUE *LTU c. Eurocontrol (Lechouritou)*, de 14 de octubre de 1976, C-29/76 (ECLI:EU:C:1976:137). Otros asuntos posteriores y de la misma relevancia que *Eurocontrol* en la interpretación de actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas son: STJUE *Ruffer*, de 16 de diciembre de 1980, C-814/79 o más reciente la STJUE *Fahnenbrock* y otros, p. 7 y 8; STJUE *Hellenische Republik c. L. Kuhn*, 15 de noviembre de 2015, C-308/17 (ECLI:EU:C:2018:911); STJUE *Baten*, de 14 de noviembre de 2002, C-271/00 (ECLI:EU:C:2002:656)

<sup>24</sup> A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional... (vol.1), op.cit.*, p. 155; R. ARENAS GARCIA, “Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y deudas fiscales. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) ...”, *loc.cit.*; P. ROGERSON, “Article ..”, *loc.cit.*, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels I Regulation ...*, *op.cit.*

<sup>25</sup> Conclusiones AG Sr Szpunar, STJUE *Movic BV* p. 34 *in fine*. El elemento decisivo dice el AG es que estas disposiciones no coloquen a la autoridad en situaciones jurídicas en las que no se aplica el Derecho común (mediante una remisión a las normas de Derecho civil).

<sup>26</sup> STJUE *Movic BV*, FD. 52; *infra* Epígrafe III.1; *Ibid* (CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, pp. 214-215).

<sup>27</sup> Conclusiones AG Sr Szpunar STJUE *Movic BV*, ptos. 49-62. Los medios de impugnación de estos documentos se hacen de conformidad con el Derecho procesal de cada Estado miembro, que podrá proporcionar diferentes medios en función de quién aporte los documentos.

Bruselas I *bis* sólo porque dicha autoridad haya hecho uso de medios de prueba obtenidos gracias a sus prerrogativas, porque debilitaría la eficacia práctica de los medios de ejecución de las normas de protección de los consumidores reconocidos por el legislador de la UE (*v.gr.*: lo establecido en el Considerando 21 de la DPCD).

### 3. Jurisprudencia anterior en relación con la tutela transfronteriza de los consumidores contra prácticas comerciales desleales B2C

19. Estimar que estas acciones transfronterizas están excluidas del Reglamento Bruselas I *bis*<sup>28</sup>, puede reducir el papel de las autoridades, aun cuando estos procedimientos apenas puedan distinguirse de los que promueven las personas de Derecho privado<sup>29</sup>.

De hecho, en materia de acciones de cesación colectivas, según la normativa belga, las autoridades están exentas de demostrar que representan un interés o derecho propio. En el asunto *Movic BV*, queda entonces demostrado con ello, que la actividad que realiza la autoridad de defensa de los intereses colectivos de los consumidores es equiparable a la que tienen otorgadas en otros Estados miembros (por la misma normativa de Derecho derivado) a asociaciones en defensa de los consumidores de tipo privado, sin tener por ello, ningún interés propio.

20. Puede compararse, como se puso de relieve en la introducción con la respuesta del TJUE en la STJUE *Henkel*. En este asunto también se preguntó el TJUE (aunque bajo el régimen anterior) si estaba comprendido en su ámbito material, las acciones ejercitadas por una autoridad (*Verein für Konsumenteninformation*) contra la inclusión de cláusulas abusivas en contratos B2C, de acuerdo con la Directiva 93/13<sup>30</sup>. El asunto *Movic BV* se basa en acciones de cesación contra prácticas comerciales desleales B2C, de acuerdo con lo establecido en la DPCD y a la Directiva 2009/22, pero que se pueden igualmente entender comprendidas en el concepto “materia civil y mercantil” del Reglamento Bruselas I *bis*<sup>31</sup>, como considera el TJUE. La justificación se encuentra en que las acciones que tutelan a los consumidores comprendidas en este acervo de normas son consideradas Derecho privado. Se entiende que la reventa de tickets a un precio superior es una práctica comercial desleal B2C y que la DPCD, como la Directiva 93/13 son Directivas que habilitan a las autoridades de los Estados miembros a perseguir prácticas contrarias a la buena fe que puedan ser reputadas como desleales, tanto en el Derecho de contratos de consumo como en otro tipo de relaciones entre los consumidores y los profesionales<sup>32</sup>.

### 4. La vinculación de la cuestión accesoria y la principal y la aplicación del Reglamento Bruselas I bis

21. Otro aspecto relevante de este asunto pero que no se termina de interpretar por el TJUE aunque sí por el AG Sr Szpunar<sup>33</sup>, fue la naturaleza de la multa coercitiva, cuestión accesoria a la principal<sup>34</sup>. La única pretensión que considera el AG Sr Szpunar que puede estar excluida del ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis* es precisamente esta, que sí tiene relación con una prerrogativa de poder

<sup>28</sup> *Infra* Epígrafe III; Conclusiones AG Sr Szpunar STJUE *Movic BV*, p. 38: “(...) por lo menos en lo que se refiere al WER, que transpone la Directiva 2005/29, la acción de cesación puede entablarse con personalidad jurídica, y en ciertas condiciones, por asociaciones en defensa de los intereses de los consumidores. Una asociación de esta índole no defiende intereses o derechos propios. Más bien, actúa en defensa de los intereses colectivos de los consumidores (...)”.

<sup>29</sup> Conclusiones AG Sr Szpunar STJUE *Movic BV*, p. 44

<sup>30</sup> C. KESSEDIAN, “L’action en justice des associations de consommateurs et d’autres représentatives d’intérêts collectifs en Europe », *Rivista di diritto internazionale e processuale*, n°2, 1997, pp. 281-ss ; P. JIMÉNEZ BLANCO, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas (1)”, *Diario La Ley* n°5709, *Unión Europea*, 2003.

<sup>31</sup> Conclusiones AG Sr Szpunar STJUE *Movic BV*, p. 29 y p. 31 y 41.

<sup>32</sup> Artículo 3 apartado 2º de la DPCD establece que la DPCD se aplica sin perjuicio del Derecho contractual de consumo.

<sup>33</sup> STJUE *Movic BV*, FD.29 y 62.

<sup>34</sup> WELLER, “Opinion of...”, *loc.cit*

público que no tienen atribuída las personas de Derecho privado en el supuesto que hubieran sido las legitimadas para accionar la tutela de los consumidores en Bélgica.

Se destaca sólo por el TJUE, que el hecho que una de las pretensiones accesorias o varias no se encuentren contenidas en el ámbito material del Reglamento Bruselas I bis, no significa que la cuestión principal e incluso otras cuestiones accesorias, no lo estén. Por ende, sigue entendiendo comprendidas las acciones transfronterizas de cesación en su ámbito material.

### III. Sobre el fondo del asunto: el Derecho derivado de prácticas comerciales desleales y de consumo. La tutela de los “intereses colectivos” de los consumidores

#### 1. El artículo 11 de la Directiva de Prácticas comerciales desleales y la relación con la Directiva 2009/22

22. La DPCD es una Directiva de corte general, y armonización “de máximos” que debe complementar a otras Directivas que también tutelan al consumidor, pertenecientes al conocido *Fitness Check*, en lo que esta Directiva no hayan contemplado en su ámbito material<sup>35</sup>. Todas ellas, tienen un objetivo “común” principal: la tutela de los intereses colectivos de tipo económico de los consumidores en sus relaciones frente a los comerciantes o profesionales en el mercado interior europeo.

Así, por ejemplo, se establece en el Anexo I de la Directiva 2009/22. Tanto la DPCD como la Directiva de cláusulas abusivas (Directiva 93/13) están destinadas a tutelar los intereses colectivos de los consumidores<sup>36</sup>. El artículo 3 apartado 4º establece la compatibilidad de la DPCD como instrumento general frente a los de corte sectorial en la tutela de consumidores, como es la Directiva 2009/22. Explica a su vez en la primera cláusula general lo que debe considerarse como intereses económicos de los consumidores, que nada tienen que ver con los intereses del Estado, como tal.

23. En su artículo 11 apartado 1º letras a y b, la DPCD concedió la facultad a los Estados miembros de establecer remedios fundamentalmente de tipo procesal para actuar en contra de las prácticas comerciales desleales B2C, y someterlas a un órgano administrativo competente para resolver reclamaciones o para entablar acciones judiciales pertinentes<sup>37</sup>. Por lo que cada Estado miembro en este aspecto, tuvo plena libertad para elegir quiénes eran estas autoridades o entidades y tribunales administrativos y otorgarles la capacidad de ordenar el cese de las prácticas y o emprender acciones legales, o prohibirlas. No se especificaba cómo tenían que hacerlo<sup>38</sup>. Su apartado 2º concede a los Estados miembros que otorguen a estas autoridades ciertas facultades para perseguir las prácticas comerciales desleales B2C.

<sup>35</sup> Vid. Art. 1 DPCD y esp, Cdos. 10, 11 y 12; por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación al Palameno Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: sobre la aplicación relativa a las practicas comerciales desleales. Lograr un alto nivel de protección de los consumidores. Crear confianza en el mercado único”, COM (2013) 138 final; EUROPEAN COMMISSION, “Commission Notice on the application of EU food and consumer protection law to issues of Dual Quality of Products—The specific case of food” C/ 327/01, de 29 Abril 2017, p. 2: “*the Unfair Commercial Practices Directive, which ensures that consumers are not misled or exposed to aggressive marketing and that any claim made by traders in the UE is clear, accurate and sustained. It seeks to enable consumers to make informed and meaningful choices. This horizontal Directive applies to many commercial practices which are also regulated by other general or sector-specific EU legislation, such as food, toys, cosmetics, detergents and others, but only for those aspects which are not covered by sector legislation*”; W. H. BOOM, “Unfair Commercial...”, *loc. cit.*, en C. TWIGG-FLESNER (ED.), *Research Handbook ...*, *op. cit.*

<sup>36</sup> STJUE *Movic BV*, FD. 5.

<sup>37</sup> Cdo. 21 DPCD; De hecho, el artículo 11 concede mucho margen a los Estados miembros. A pesar que la DPCD es una Directiva de armonización de máximos, para establecer las medidas procesales oportunas. Siempre y cuando se establecieran de conformidad con lo establecido en la misma disposición, *inter alia*, K. J. CSERES, “Enforcing the Unfair Commercial Practices Directive: the enforcement model ...”, *loc. cit.* en T. TOTH, *Unfair Commercial Practices: The Long Road to Harmonized ... op. cit.*, pp. 19-36, esp. p. 23: “*With regard to enforcement Article 11 of the UCPD leaves much discretion to the Member States in accordance with the principle of national procedural autonomy*”.

<sup>38</sup> Conclusiones AG Sr Szpunar STJUE *Movic BV*, p. 44. Con esto, el legislador de la UE, lo que hace es establecer un modelo de ejecución de la protección de los consumidores en el que los órganos administrativos no son competentes para conocer de las acciones contra las prácticas comerciales desleales, pero si para actuar ante los órganos jurisdiccionales nacionales

Como, por ejemplo, el establecimiento de acciones de cesación, y de acciones de prohibición contra estas prácticas comerciales desleales *B2C*.

24. La Directiva 2009/22 se promulgó por el legislador europeo para armonizar un régimen de acciones colectivas de cesación colectivas en el mercado interior europeo para la tutela de los consumidores. Complemento a la DPCD, en cuanto como se ha manifestado en el párrafo anterior, la DPCD no armonizaba las cuestiones relativas al Derecho procesal, sólo abría la posibilidad de otorgar la tutela debida frente a las prácticas comerciales desleales *B2C* que contempla su articulado<sup>39</sup>.

## 2. El significado de “intereses colectivos de los consumidores” en el Derecho derivado de protección a los consumidores y lucha contra las prácticas comerciales desleales *B2C*

25. Para concluir. En el asunto *Movic BV*, las demandantes alegaban que la tutela concedida por la norma a la entidad de Derecho público no justificaba su acción, porque entienden que tutela los intereses públicos y no de los particulares actuando en una posición procesal diferente.

26. Ahora bien, lo que vienen a decir la Directiva 2009/22 y la DPCD como “intereses generales”, no debe entenderse como la defensa y ejercicio de poderes públicos para tutelar “intereses públicos” (i.e.: del Estado), sino de los particulares (consumidores). El mismo Considerando 3º de la Directiva 2009/22 explica que debe entenderse por “intereses colectivos”, los intereses que no son “individuales”. Es decir, los intereses que no pertenecen de forma separada a los particulares sino en colectividad, porque la lucha contra las prácticas comerciales desleales incluye la protección contra todos los intereses en el mercado: los de los consumidores (*B2C*), los de los profesionales (*B2B*) y los del mercado en general y su buen funcionamiento<sup>40</sup>.

27. Son estos los aspectos que merecen una mención. En ellos reside la complejidad de este acervo de normas que puede ser considerado como Derecho híbrido (a caballo entre el Derecho público y el Derecho privado). Como ya se ha reiterado. A diferencia de como sucede en el ámbito del Derecho de libre competencia europeo, no existe una aplicación pública en el Derecho derivado para el Derecho de prácticas comerciales desleales todavía, pero si que es cierto que las autoridades encargadas del control del Derecho de la libre competencia, ante ciertas prácticas comerciales desleales *B2C* pueden actuar<sup>41</sup>. Precisamente, en las que atentan contra el buen funcionamiento del mercado. No aquellas que tutelan, aunque sea de forma colectiva, los intereses de los otros participantes del mercado. Por ello, el TJUE considera que estas acciones transfronterizas de cesación en defensa de estos intereses *B2C*, deben ser considerados como “materia civil y mercantil”. A la luz de todo lo analizado.

---

en defensa del interés de los consumidores, que los coloca en igualdad de condiciones con las personas u organizaciones del artículo 11, apartado 1º, DPCD.

<sup>39</sup> Un análisis exhausto de las acciones colectivas de cesación y la Directiva 2009/22 así como la incidencia en el ámbito del DIPr europeo, A. PATO, *Jurisdiction and Cross Border Collective Redress: A European Private International Law Perspective*, Hart, 2019, pp. 45 y ss; L. CARBALLO PINEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial (Problemas de recepción y transplante de las “class action” en España)*, Servicio de publicaciones de Intercambio científico, vol.12 2009; I. ONANDIA CAÑAS, “La acción colectiva en la Unión Europea: ¿es posible encajarla en el Reglamento Bruselas I bis?”, *RJUAM*, nº39, 2019, pp. 297-321; Z. TANZ, “Consumer Collective Redress in European Private International Law”, *JPIL*, vol.7, nº1, 2011, pp. 101-147; M.DANOV, “The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgements”, *JPIL*, vol.6, nº2, 2010, pp.359-393; Wv BOOM Y M. LOOS (EDS.), *Collective Enforcement of Consumer Law-Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Europa Law Publishing, 2007.

<sup>40</sup> A. PATO, *Jurisdiction and Cross Border Collective Redress...*, *op.cit.*, p. 76, teniendo en cuenta también que el Considerando 7º de la Directiva 2009/22 establece que se aplicará sin perjuicio de las normas del DIPr. El artículo 3 apartado 7º de la DPCD también establece que se aplicará sin perjuicio especialmente de las normas que determinan la competencia de los tribunales.

<sup>41</sup> Póngase de ejemplo, el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE*, nº159, de 4 de julio de 2007.

#### IV. Conclusiones

**28. Primera. Sobre el concepto europeo “materia civil y mercantil” del Reglamento Bruselas I bis .-**Según esta STJUE se desprende que el TJUE se sigue reiterando en ofrecer una interpretación amplia del concepto “materia civil y mercantil” del Reglamento Bruselas I bis. Y una interpretación más estricta de lo que no debe considerarse como “materia civil y mercantil”. Los elementos para interpretar el concepto europeo “materia civil y mercantil” son los siguientes: (i) naturaleza de la acción-objeto del litigio; (ii) relación entre las partes y, (iii) si la autoridad que interpone la acción está actuando en función de una prerrogativa o no (para valorar si puede ser considerado como un acto *iure imperii*).

El ámbito material de este instrumento jurídico debe comprender entonces aquellas acciones de cesación relativas a la tutela transfronteriza de los consumidores contra las prácticas comerciales desleales B2C con independencia de si fueron interpuestas por una autoridad que tiene reconocido por la norma sustantiva esta facultad de representación de los intereses colectivos de los consumidores, o una entidad de Derecho privado que actuaría de la misma forma con las mismas prerrogativas concedidas. Siempre que se muestre que se encuentra en igualdad de condiciones procesales que las entidades de Derecho privado que demanda.

**29. Segunda.- Sobre la aplicación de las acciones de cesación transfronterizas y protección de consumidores.-** La materia que aborda el litigio principal es una materia de Derecho privado, al menos así está considerado en el Derecho derivado de la UE. Por ende, no puede entenderse que, aunque la Directiva 2009/22 otorgue la capacidad a las autoridades para ejercer acciones colectivas (*collective redress*) para tutelar a los consumidores en sus relaciones B2C contra prácticas comerciales desleales, o prácticas de mercado contrarias a la buena fe, es materia de Derecho público. Incluso en su consideración de Derecho privado Institucional sigue siendo materia de Derecho privado en la mayor parte de los Estados miembros. Y como se observa también para los instrumentos de DIPr patrimonial europeo, como el Reglamento Bruselas I bis. Reforzando de esta forma la tutela transfronteriza a los consumidores contra las prácticas comerciales desleales B2C.

**30. Tercera.-Intereses colectivos no son intereses públicos o representación del Estado.-** Al hilo de lo anterior, este acervo de normas lo que tutela son intereses económicos colectivos de particulares, no los del Estado. Intereses privados. Al menos, en la tutela y observancia de como deben desarrollarse las relaciones B2C, y B2C en el mercado. No en lo que se entiende por el tercer interés tutelado: el buen funcionamiento del mercado (interés general). Pero en este asunto, los intereses públicos no fueron puestos de relieve. Por ende, el TJUE no entró a valorarlo de forma más exhausta.

ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA LA MODIFICACIÓN,  
EN ESPAÑA, DE LAS MEDIDAS DE GUARDA Y CUSTODIA  
ADOPTADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS A LA LUZ  
DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA  
DE 29 DE ENERO DE 2020

SOME ISSUES RAISED BY THE MODIFICATION, IN SPAIN, OF  
THE GUARDIANSHIP AND CUSTODY MEASURES ADOPTED  
BY FOREIGN COURTS IN THE LIGHT OF THE ORDER OF THE  
PROVINCIAL HEARING OF BARCELONA OF JANUARY 29, 2020

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado.*

*Universidad de Extremadura.*

ORCID ID: 0000-0003-1627-6725

Recibido: 12.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6017>

**Resumen:** El planteamiento de una demanda de modificación de las medidas de guarda y custodia adoptadas por un tribunal extranjero suscita algunas dificultades. En este trabajo analizaremos las que ha puesto de relieve el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2020 por el que se resuelve el recurso de apelación contra la resolución de instancia que inadmitió a trámite la demanda de modificación de medidas adoptadas por un tribunal marroquí. Abordaremos la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, diferenciándola de la competencia territorial; así como la problemática relativa a la exigencia o no del previo reconocimiento de la decisión cuya modificación se pretende y, en su caso, el procedimiento a seguir.

**Palabras clave:** modificación de medidas, guarda y custodia de menores, competencia judicial internacional, competencia territorial de los tribunales españoles, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

**Abstract:** The presentation of a demand for modification of the custody and custody measures adopted by a foreign court raises some difficulties. In this work we will analyse those that have been highlighted by the Order of the Provincial Court of Barcelona of January 29, 2020, which resolves the appeal against the decision of instance that inadmissible the request for modification of measures adopted by a Moroccan court. We will address the determination of the international judicial competence of the Spanish courts, differentiating it from functional competence; as well as the problems related to the requirement or not of prior recognition of the decision whose modification is intended and, where appropriate, the procedure to follow.

**Keywords:** modification of measures, custody of minors, international jurisdiction, territorial jurisdiction of spanish courts, recognition and enforcement of foreign decisions.

**Sumario:** I. Introducción: antecedentes y origen del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2020. II. La competencia de los tribunales españoles en litigios relativos a la modificación de medidas adoptadas por una decisión extranjera. 1. La competencia judicial internacional y la competencia territorial, objetiva y funcional. 2. La ordenación de la competencia judicial internacional para modificar medidas de guarda y custodia de menores. 3. La concreción del órgano competente. III. El reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera. 1. Sobre la necesidad o no de reconocimiento de la decisión extranjera objeto de modificación. 2. Precisión del sistema de reconocimiento aplicable.

## **I. Introducción: Antecedentes y origen del Auto de la Audiencia Provincial Barcelona de 29 de enero de 2020**

1. Nuevamente se plantean, ante la Audiencia Provincial de Barcelona, dos cuestiones que tradicionalmente suscita el planteamiento en España de procesos relativos a la modificación de medidas adoptadas por autoridades extranjeras. Una primera, relativa a la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles; y la segunda, relacionada con la exigencia o no del previo reconocimiento de la decisión cuya modificación se pretende. Ambas cuestiones son abordadas, en mayor o menor medida, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 29 de enero de 2020<sup>1</sup>, objeto del presente estudio. En estas cuestiones centraremos, por tanto, nuestra atención partiendo, para ello, de las circunstancias que rodean el supuesto y que configuran el marco en el que se adopta la decisión del tribunal español.

2. Los hechos que dan lugar al pronunciamiento de la Audiencia tienen su origen en la demanda de modificación de medidas de divorcio contencioso interpuesta por D. Luis Francisco ante el JPI de Barcelona en cuya virtud interesa la modificación de la sentencia dictada, con fecha 12 de julio de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia de Ksar El Kebir (Marruecos) parcialmente revocada por la Sentencia nº 943 de 10 de diciembre de 2018, dictada por el Tribunal de apelación de Tánger. Mediante Auto de 21 de mayo de 2019, el juzgado inadmite a trámite la demanda considerando que, con base en el artículo 775 LEC, la competencia para acordar la modificación de las medidas adoptadas por la sentencia extranjera corresponde al órgano judicial que la dictó. Disconforme con la decisión adoptada por el tribunal de instancia, D. Luis Francisco interpone recurso de apelación, fallando la Audiencia Provincial de Barcelona la revocación del auto impugnado.

3. En su decisión, la Audiencia fundamenta la revocación del auto recurrido con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, afirma la aplicabilidad de los artículos 775.1 y 61 LEC a los litigios relativos a situaciones vinculadas únicamente con territorio nacional y señalando que, con base en el artículo 45 LCJIMC, la posibilidad de modificar una decisión extranjera por los tribunales españoles está condicionada por la obtención previa de su reconocimiento. En segundo lugar, la Audiencia afirma que la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el presente caso, atendiendo a la nacionalidad marroquí de los litigantes, se articula a partir de lo dispuesto en el artículo 21.1 LOPJ. En su virtud, considera en tercer lugar, la aplicabilidad del Convenio celebrado entre España y Marruecos, con fecha 30 de mayo de 1997, de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa y, en su defecto, de la norma recogida en el artículo 22 quater c) LOPJ en orden a determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

4. A partir de estas consideraciones, con base en lo dispuesto en el artículo 22 quater c) LOPJ, la Sala afirma la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en tanto que tribunal del Estado de la residencia habitual del actor un año antes de la interposición de la demanda. Asimismo, el tribunal fundamenta su decisión en la concurrencia de la residencia habitual del menor en España *ex* artículo

<sup>1</sup> Auto de 29 de enero de 2020 dictado por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI: ES:APB:2020:614A)

8.1 del Reglamento 2201/03 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento 2201/03)<sup>2</sup>.

5. Aunque, acertadamente, el tribunal aborda la necesidad de determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer del proceso de modificación de las medidas adoptadas una decisión extranjera, confirmándola, los argumentos en los que fundamenta su decisión deben ser analizados, entre otras razones, porque no delimita las normas aplicables y la relación entre cada una de ellas y aborda, conjunta y confusamente, junto a la competencia judicial internacional de los órganos españoles aspectos relacionados con la eficacia extraterritorial de la decisión extranjera cuya modificación se pretende.

## II. La competencia de los tribunales españoles en litigios relativos a modificación de medidas adoptadas por una decisión extranjera

### 1. La competencia judicial internacional y la competencia territorial, objetiva y funcional

6. La modificación de medidas adoptadas en el marco de un proceso de divorcio, es una pretensión comúnmente planteada en el marco de litigios vinculados a divorcios. Las obligaciones y relaciones derivadas del matrimonio no se disuelven como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial sino que continúan existiendo. Su ordenación se lleva a cabo en la decisión que declara la disolución del vínculo en la que, atendiendo a las circunstancias que concurren en el momento, se establece la atribución de la patria potestad de menores, el ejercicio de la guarda y custodia y el establecimiento de un determinado régimen de visitas, el uso de la vivienda familiar así como el establecimiento de la pensión alimenticia o, en su caso, de una pensión compensatoria.

7. En unos casos las medidas vinculadas a la declaración de divorcio, separación o nulidad se extinguen bien de forma automática, como ocurre con las relacionadas con los menores al alcanzar la mayoría de edad, bien por el transcurso del tiempo establecido para ella, como en el supuesto de pensión compensatoria. En otros supuestos, en cambio, cuando las circunstancias a partir de las cuales aquellas medidas fueron adoptadas cambian sustancialmente es necesario plantear la correspondiente demanda para adecuar su régimen. Una demanda de modificación de medidas que implica la iniciación de un proceso nuevo, autónomo e independiente de aquel en el que las mismas fueron adoptadas inicialmente.

8. El planteamiento de este nuevo proceso destinado a modificar las medidas para adecuarlas a las nuevas circunstancias que concurren requiere la determinación, en primer lugar, del órgano competente para conocer. Para ello, las normas de competencia interna previstas, con carácter general en la LEC, atendiendo a criterios territoriales, objetivos y funcionales, determinan cuál de los tribunales españoles conocerá del supuesto. No obstante, en otros casos, cuando el supuesto presenta un elemento extranjero por estar vinculado a varios Estados, antes de resolver la competencia interna debemos concretar, mediante el recurso al sistema de Derecho internacional privado español, si corresponde a los tribunales españoles la competencia judicial internacional para conocer. Es lo que ocurre en el supuesto resuelto por la Sala. Entre otros elementos, el hecho de que el litigio verse sobre la modificación de medidas adoptadas por un tribunal extranjero, requiere determinar, con carácter previo a la competencia interna, si los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional. Como declaró el Tribunal Constitucional en su STC 61/00, *la inadmisión de una demanda de modificación de medidas no puede fundamentarse en la falta de jurisdicción por tratarse de una decisión extranjera; debe valorarse previamente la propia competencia de nuestro tribunal*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) núm. 2201/03 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/00 (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003)

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 61/00, de 13 de marzo de 2000 (BOE núm. 90 de 20 de abril).

9. En el supuesto analizado, la decisión de instancia, como hemos señalado, inadmite a trámite la demanda por considerar que incumple los requisitos de admisibilidad. Esta solución, que no distingue la competencia judicial internacional de la competencia interna, se fundamenta en la aplicación de estas últimas para decidir la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. En particular, el auto de instancia se basa en el artículo 775 LEC, en cuya virtud la demanda debe interponerse ante el tribunal que dictó la resolución cuya modificación se pretende. Acertadamente, el tribunal de apelación distingue ambos conceptos y, en consecuencia, revoca la decisión apelada.

10. La competencia judicial internacional se articula a partir de las normas que integran nuestro sistema de Derecho internacional. Aplicar una norma de competencia interna para su concreción supone una merma de la tutela judicial efectiva. En esta línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional. En su sentencia 61/00, antes citada, afirma que tal solución supone *una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE en la medida en que impide el conocimiento del asunto por cualquier tribunal español basándose para ello en una regla que únicamente reparte la competencia entre los tribunales españoles y cuyos principios y objetivos difieren de las disposiciones que ordenan la competencia judicial internacional de los órganos judiciales españoles*. Las normas de competencia judicial internacional delimitan el ejercicio de la potestad jurisdiccional atendiendo a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva proyectada en el principio de proximidad. Solo en ellas puede darse respuesta a la cuestión de si es posible que los tribunales españoles conozcan de una determinada pretensión, pues solo ellas responde a las exigencias necesarias para que nuestros tribunales puedan asumir la tutela judicial efectiva del caso concreto.

11. En los siguientes apartados tendremos ocasión de exponer, en el marco del supuesto analizado, las soluciones acogidas tanto en orden a determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver la demanda planteada como las relativas a la concreción del órgano jurisdiccional español que resultaría territorial y funcionalmente competente.

## 2. La ordenación de la competencia judicial internacional para modificar medidas de guarda y custodia de menores.

12. En el sector de la competencia judicial internacional, el sistema español de Derecho internacional privado está integrado por un conjunto de normas de distinto origen. Junto a las normas de producción autónoma, elaboradas por el legislador español, coexisten disposiciones de origen institucional y convencional. Ciertamente, esta pluralidad normativa dificulta su aplicación<sup>4</sup>, máxime cuando esta pluralidad aumenta en función de la medida afectada. Es importante, en este punto, determinar los principios y criterios ordenadores de las relaciones entre las distintas fuentes. De este modo, junto a los principios de primacía, jerarquía y competencia, la delimitación del ámbito de aplicación de cada una de ellas y las cláusulas de compatibilidad previstas en los textos europeos y convencionales permiten concretar la disposición aplicable para decidir acerca de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales en litigios como el planteado por la representación procesal de D. Luis Francisco.

13. La dificultad que plantea la aplicación del sistema de competencia judicial internacional se agrava en el marco de los litigios relativos a la modificación de medidas adoptadas en una sentencia de divorcio dictada por autoridades extranjeras porque dicho sistema varía en función de la medida cuya modificación se pretende. De un lado, las normas aplicables a los litigios que únicamente tiene por objeto la modificación de la medida relativa a guarda y custodia de menores, que es la que ocupa en el presente asunto al juzgado de instancia según la información recibida por parte de la defensa del actor, y

---

<sup>4</sup> Véase, F. GARAU SOBRINO, "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño" *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº. 1, 2011, pp. 282-289

a la que limitaremos nuestro análisis. De otro, las disposiciones aplicables para resolver la modificación de medidas relacionadas con la obligación de alimentos o la pensión compensatoria<sup>5</sup>.

**14.** La acción relativa a la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de menores no encuentra norma específica en ninguna disposición. No obstante, su inclusión en el ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/03 se justifica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del texto europeo, porque se trata de medidas incardinadas en el marco de la “atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”. En particular, es una medida referida al derecho de custodia y al derecho de visita. En términos similares el supuesto es subsumible materialmente también en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños<sup>6</sup> (en adelante, Convenio de La Haya de 1996) que, conforme a sus artículos 1 y 3, tiene por objeto determinar la autoridades competentes y la ley aplicable a las medidas relativas a la atribución, ejercicio y privación de la responsabilidad parental, el derecho de guarda así como el derecho de visita. Por último, dado que en el sector de la competencia judicial internacional no ha sido celebrado ningún convenio bilateral entre España y Marruecos, únicamente faltaría por incluir entre las fuentes relacionadas las normas recogidas en los artículos 22 ter y 22 quater d) de la LOPJ relativo, este último, a las relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental.

**15** Señaladas las disposiciones a partir de las cuales se ordena la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el marco de la modificación de las medidas relativas a la guarda y custodia de menores, procede la concreción de la norma aplicable atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas que concurren en el supuesto así como a los principios que rigen las relaciones entre las distintas fuentes normativas. En el fundamento jurídico primero del Auto que analizamos, la Audiencia se refiere al artículo 8.1 del Reglamento 2201/03 si bien parece determinar su aplicabilidad con carácter subsidiario al artículo 22 quater c) LOPJ y en el artículo 1 del Convenio bilateral entre España y Marruecos, de 30 de mayo de 1997, relativo a la Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa<sup>7</sup>, fundamentando en las disposiciones contenidas en estos últimos preceptos el fallo revocatorio. La solución es correcta, pero el fundamento utilizado es erróneo.

**16.** En primer lugar, por lo que al texto europeo se refiere, en virtud del principio de primacía, el Reglamento 2201/03 desplaza la aplicación de las normas contenidas en la LOPJ para aquellos supuestos subsumibles en su ámbito de aplicación. Tratándose de una acción de responsabilidad parental, en los términos expuestos, relativa a un menor con residencia habitual en un Estado miembro, la competencia de los tribunales españoles se determina conforme a lo dispuesto en el Reglamento europeo. Dada las circunstancias del supuesto enjuiciado, las dificultades se podrían haber planteado en relación con la posible aplicabilidad del citado Convenio de La Haya de 1996, del que tanto España como Marruecos son Estados Parte. No obstante, tampoco sería este texto aplicable a tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento 2201/03. Mediante la cláusula de compatibilidad en él prevista ambos textos coexisten, siendo aplicable el Convenio en aquellos supuestos relativos a la responsabilidad parental y medidas de

---

<sup>5</sup> Entre otras, el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO L 7*, de 10 de enero), Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (*DO L 192*, de 22 de julio ) y las normas recogidas en los artículos 22 ter y 22 quater f) de la LOPJ en la medida en que ambos textos regulan las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad.

<sup>6</sup> Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya, el 19 de octubre de 1996 (*BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010)

<sup>7</sup> Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997)

protección de menores cuando estos tengan su residencia habitual en un Estado parte que no sea miembro de la Unión Europea<sup>8</sup>.

17. En segundo lugar, en cuanto a la aplicación del convenio bilateral, si bien es cierto que en su artículo 1 consagra el derecho al acceso a la justicia de los nacionales de los Estados Parte para actuar en la defensa de sus derechos, a tenor de su artículo 22, el texto convencional no tiene por objeto la regulación de la competencia judicial internacional. Como hemos señalado, sin perjuicio de que más adelante, en el marco de la eficacia extraterritorial de decisiones, recurramos a este texto, el mismo no resulta aplicable para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el supuesto enjuiciado.

18. En su auto la Audiencia afirma que el menor reside habitualmente en Villanueva y Geltrú por lo que, de acuerdo con cuanto antecede, la determinación del tribunal internacionalmente competente debe efectuarse conforme al sistema de foros establecido en el Reglamento 2201/03.

19. El artículo 8 del texto europeo establece, con carácter general, la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado miembro en el que reside habitualmente el menor. Junto a esta previsión, los artículos 9 a 12 configuran las excepciones o modulaciones a la regla general, algunas de las cuales pueden resultar aplicables en el marco de procedimientos relativos a la modificación de medida de responsabilidad parental. Nos estamos refiriendo, en particular, a la excepción recogida en su artículo 9<sup>o</sup>. En litigios relativos a la modificación de resoluciones relativas al derecho de visita dictadas por el Estado de residencia habitual del menor, cuando se produce un cambio de residencia habitual del menor, el precepto consagra el mantenimiento de la competencia de los tribunales del Estado miembro de la primera residencia habitual del menor durante tres meses y siempre que el titular del derecho resida en dicho Estado. Esta prolongación de la competencia puede ser excepcionada en aquellos supuestos en los que el titular del derecho de visita se someta a la competencia de los tribunales del lugar de la nueva residencia del menor. Aunque esta última exigencia pudiera concurrir en el supuesto de autos, el precepto no sería aplicable porque o bien no se ha producido cambio de Estado de residencia habitual (entendiendo que a tenor de la resolución el menor ha residido siempre en nuestro país desde su nacimiento en Huesca) o bien de haberse producido dicho cambio, pudiera ocurrir que la residencia habitual anterior se encontraba en un Estado no miembro (considerando que el menor hubiera tenido su residencia en Marruecos, Estado de origen de la decisión cuya modificación se pretende).

20. El artículo 22 quater c) LOPJ no constituye el fundamento de la competencia judicial de los tribunales españoles en el presente caso como, erróneamente, afirma la Audiencia. En este marco, la Sala atribuye competencia a los tribunales españoles con base en la residencia habitual del actor en España “desde un año antes de la interposición de la demanda”. Un criterio que, de acuerdo con el tenor literal del precepto citado, tampoco sería correcto. El artículo 22 quater d) LOPJ, con independencia de las críticas que puedan realizarse al mismo<sup>10</sup>, establece varios de foros de competencia que actúan alternativamente y están referidos a la residencia habitual en España del hijo o menor al tiempo de interposición de la demanda; la nacionalidad española del actor; o su residencia habitual en España. En todo caso, requiere el precepto, la concurrencia de los foros al menos seis meses antes de la presentación de la demanda.

<sup>8</sup> Sobre las características actuales del Derecho de familia europeo y, en particular, la coexistencia y convivencia con la codificación internacional, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE”, *Diario La Ley*, La Ley 1718/2018.

<sup>9</sup> El precepto del texto europeo difiere, en este punto, de la previsión contenida en el artículo 14 del Convenio de La Haya 96. De acuerdo con este último, las medidas adoptadas con base en los criterios de competencia establecidos en el texto convencional, aunque se produzca un cambio de las circunstancias en las que aquella competencia se fundamentan, hasta que las autoridades competentes no las hayan modificado. De otro lado, en el marco de la cooperación entre Estados Parte, el artículo 35 establece las posibilidades de actuación de sus autoridades cuando se promueva por un progenitor la modificación del derecho de visita concedido por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual (artículo 35).

<sup>10</sup> Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2020, p. 407.

21. Atendiendo a las circunstancias que rodean el supuesto litigioso, la competencia judicial para conocer de la demanda de modificación de medidas planteada por el actor corresponde a los tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento 2201/03 por encontrarse el menor residiendo habitualmente en España<sup>11</sup>.

### 3. La concreción del órgano competente

22. Correspondiendo a los tribunales españoles la competencia judicial internacional para conocer de la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Luis Francisco con el objeto de modificar las medidas de guarda y custodia adoptadas por la decisión marroquí, la determinación del concreto tribunal debe realizarse conforme a las normas de competencia territorial, objetiva y funcional previstas en la LEC. En este punto, las discrepancias entre las normas de la LEC y las previstas en el sistema de competencia judicial internacional suscitan algunas dificultades.

23. Tras la reforma de 2015<sup>12</sup>, el artículo 775 de LEC dispone que la competencia para conocer del proceso de modificación de medidas corresponde al mismo tribunal que las acordó. El legislador no solo parece obviar la independencia del proceso de modificación de medidas respecto del proceso en el que las mismas fueron adoptadas inicialmente, sino que, además, no tiene en cuenta el lugar de residencia del menor como criterio de distribución de la competencia del tribunal español. En relación con este último aspecto, el Tribunal Supremo viene reiterando que, frente a la virtualidad indudable del fuero de proximidad, la competencia del órgano jurisdiccional que adoptó las medidas aporta como ventajas un factor de calidad en la decisión, ya que es el juzgado que se encuentra en mejor posición para valorar el cambio de circunstancias, y la seguridad jurídica inherente a un fuero unívoco y exclusivo que evita conflictos de competencia. Y, en cuanto a los posibles inconvenientes que pudiera generar, entiende que pueden minimizarse mediante el recurso a distintas vías de cooperación, auxilio y desplazamiento judicial previstas en la ley<sup>13</sup>.

24. La doctrina ha puesto de relieve la disparidad de criterios en las normas reguladoras de la competencia judicial internacional y aquellas que ordenan la competencia territorial de los tribunales españoles<sup>14</sup>. Una disparidad que demuestra una diferente concepción del interés del menor, se aleja de la idea de armonización de las diferentes legislaciones y cuestiona la configuración del procedimiento de modificación de medidas como independiente y autónomo. La imposibilidad de aplicar la disposición recogida en el artículo 775 LEC para supuestos internacionales como el que nos ocupa ha sido solventada mediante el recurso a la norma recogida en el artículo 769.3 del mismo texto legal<sup>15</sup>. Esta última disposición establece foros alternativos que permiten al demandante elegir el tribunal español competente

<sup>11</sup> Véase la STJUE de 15 de febrero de 2017, as. C-499/2015, *W, V y X* (ECLI:CU:C:2017:118)

<sup>12</sup> Redactado conforme al apartado setenta y dos del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC (BOE de 6 de octubre) el artículo 775, relativo a la Modificación de las medidas definitivas, dispone: 1. *El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.* 2. *Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.* 3. *Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.*

<sup>13</sup> *Per omnia*, Auto de 20 de octubre de 2020, (Roj: ATS 9289/2020 - ECLI: ES:TS:2020:9289A)

<sup>14</sup> B. UREÑA CARAZO, "Competencia judicial internacional y modificación de medidas: pautas para su determinación", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 17, La Ley 1896/2018.

<sup>15</sup> Art. 769.3. LEC *En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.*

para conocer de la demanda de modificación de medidas adoptadas por un tribunal extranjero. Estos criterios determinan la competencia del tribunal español correspondiente al domicilio del demandado o al del lugar de la residencia del menor. Es la solución adoptada por el Auto del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2019 en el marco de la modificación de medidas en materia de alimentos<sup>16</sup>.

25. De otra parte, los foros previstos en el Reglamento 2201/03 son foros con doble valencia. Esta configuración permite superar la falta de armonía entre las normas de competencia judicial internacional y las reguladoras de la competencia territorial de los tribunales españoles. El criterio previsto en el artículo 8 del texto europeo permitirá concretar el órgano español competente para conocer del litigio planteado.<sup>17</sup>

### III. El reconocimiento de la decisión extranjera

#### 1. Sobre la necesidad o no de reconocimiento de la decisión extranjera objeto de modificación.

26. Tradicionalmente la necesidad o no de reconocer la decisión extranjera cuya modificación se pretende ante los tribunales españoles ha centrado el debate en la doctrina y ha justificado una amplia y diversa jurisprudencia, en ausencia de norma que lo determinara. Junto a resoluciones que modificaban medidas adoptadas por decisiones extranjeras de divorcio como si de una decisión española se tratase<sup>18</sup>, otras que condicionaban su pronunciamiento a la necesidad de requerir previamente el reconocimiento o ejecución de la decisión que se pretendía modificar<sup>19</sup>.

27. En primer término, delimitaremos las normas reguladoras del sector en materia de responsabilidad parental aplicables atendiendo a las circunstancias del litigio planteado ante el juzgado de instancia. Ello nos permitirá concluir la necesidad o no de reconocimiento de la decisión adoptada por las autoridades marroquíes. En este punto, dado que el Estado origen de la decisión no es un Estado miembro, las normas sobre eficacia extraterritorial de decisiones recogidas en el citado Reglamento 2201/03 no resultan aplicables. Corresponderá bien al Convenio de La Haya de 1996 bien o a los convenios bilaterales celebrados entre España y Marruecos<sup>20</sup>, determinar, en su caso, la necesidad o no de reconocer la decisión así como el procedimiento a seguir. En su defecto, debemos recurrir al sistema de producción autónoma recogido en los artículos 41 y siguientes de la LCJIMC.

28. Por lo que a la necesidad o no de reconocimiento de la decisión extranjera cuya modificación se promueve ni el Convenio de 1996 ni los Convenios bilaterales entre España y Marruecos se pronuncian sobre este aspecto limitándose a regular los mecanismos, requisitos y condiciones para reconocer y ejecutar en un Estado Parte las decisiones adoptadas en otro Estado también Parte. Acertadamente, la Sala en relación con este punto hace referencia al artículo 45 de la LCJIMC. No obstante, teniendo en cuenta el pronunciamiento del auto apelado y los términos en los que se habrá planteado el recurso, la Sala se limita a afirmar que “*sin perjuicio de la necesidad de proceder al previo reconocimiento en España de la resolución a modificar conforme a los arts. 22 y ss. del indicado Convenio -inclusive a modo*

<sup>16</sup> Auto del TS de 17 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:9225A). Véase M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Competencia en la modificación por los tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 763-775

<sup>17</sup> En esta línea se ha pronunciado la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su auto de fecha 25 de mayo de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:3108A)

<sup>18</sup> SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 270/2004 de 7 octubre (JUR/2004/286103); SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 3/2006 de 4 enero (AC/2006\183.)

<sup>19</sup> SAP de Sevilla (Sección 2ª).Auto núm. 120/2010 de 27 mayo (JUR\2010\371422).

<sup>20</sup> Junto al anteriormente citado, también encontramos el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 150, de 24 de junio)

*incidental en el presente litigio tal como prevén el apartado VIII del Preámbulo y los arts. 44.2 y 45.1 de la Ley 29/15, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*".

29. Efectivamente, la LCJIMC, entre sus novedades, prevé que las resoluciones extranjeras firmes o definitivas susceptibles de ser modificadas, como ocurre con las decisiones relativas a la custodia y visita de menores, podrán ser modificadas por los tribunales españoles previo su reconocimiento a título principal o incidental. No obstante, también prevé que se pueda plantear una nueva demanda en un proceso declarativo ante los tribunales españoles. Será a la parte interesada a la que corresponde la elección por una u otra opción, en los términos del artículo 45<sup>21</sup>. Dado que en el supuesto que nos ocupa no se ha planteado un nuevo procedimiento de atribución de medidas es necesario, conforme al precepto citado, reconocer la decisión extranjera cuya modificación se pretende.

## 2. Precisión del sistema de reconocimiento aplicable

30. El procedimiento a seguir para el reconocimiento propuesto dependerá de la norma aplicable para otorgar eficacia en España a la sentencia dictada por el tribunal marroquí. En este punto, conforme al artículo 52.2 del Convenio de La Haya de 1996, este no afectará a los acuerdos que puedan concluir los Estados Parte sobre las materias en él reguladas respecto de menores que tengan su residencia en uno de los Estados Parte de dichos acuerdos. Procederá, entonces, la aplicación de algunos de los dos Convenios celebrados entre España y Marruecos el 30 de mayo de 1997 debiendo dar preferencia, por su especialidad y de acuerdo con las normas sobre Derecho de los Tratados, al texto relativo a la asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, antes citado. Solución que no acoge la Sala cuando determina la aplicación del régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales previsto en los artículos 22 a 32 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa celebrado entre ambos Estados. No obstante, como tendremos ocasión de exponer, la aplicación de este último texto podría encontrar su fundamento en el principio de *favor recognitionis* si el sistema de reconocimiento en el previsto es más favorable.

31. El Convenio bilateral sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a derecho de custodia y visita, tiene por objeto, conforme a lo dispuesto en su artículo 1, "hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativa a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado". A ello responde su capítulo III, que comprende los artículos 11 y 12 en los que, de un lado establece los motivos por los que es posible denegar el reconocimiento y, de otro, admite el reconocimiento parcial, al indicar en su artículo 12 que en aquellas resoluciones que contengan varios pronunciamientos, solo se aplicará el sistema en él previsto a los relativos a los derechos de custodia y visita. Esta regulación se completa con algunas disposiciones contenidas en su capítulo V en el que bajo la rúbrica "Disposiciones comunes" prevé que cada Estado aplique un procedimiento sencillo y rápido para el reconocimiento y ejecución de una resolución relativa al derecho de custodia o visita (artículo 14). Procedimiento que se regirá por la legislación del Estado requerido y sobre el que deberán informar los Estados Parte en los términos del párrafo segundo del artículo 14. Asimismo, en su artículo 16 relaciona los documentos que se deben acompañar a la solicitud, y en el artículo 18 hace referencia a la lengua en la que deben ir redactados y la necesidad de traducción en su caso<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, "La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8 (2016), pp. 234-259; J.J. ALVAREZ RUBIO, "Artículo 45: Resoluciones extranjeras susceptibles de modificación", en F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ/G. PALAO MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, 2016, pp. 493-502.

<sup>22</sup> Véase M. SABIDO RODRÍGUEZ, "Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997", en A.L.CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.) *Mundialización y Familia*, 2001, pp. 347-356.

**32.** La referencia en el convenio al procedimiento previsto en la legislación del Estado requerido en el marco del citado convenio, supone la aplicación del sistema de eficacia extraterritorial de decisiones previsto en la LCJIMC. A partir de las previsiones contenidas en el artículo 45 LCJIMC, las posiciones que rechazaban la necesidad de reconocimiento carecen hoy de virtualidad. El precepto exige el reconocimiento, incidental o principal, de la decisión extranjera. En función de los efectos que se pretenda otorgar a la decisión extranjera procederá bien mediante el reconocimiento a título principal, que implica un procedimiento jurisdiccional a través del cual se declara el reconocimiento o, en su caso, el no reconocimiento de la decisión extranjera, bien mediante el reconocimiento incidental, lo que supone que, en el marco de un procedimiento que se sustancia ante los tribunales españoles, se deberá hacer valer la decisión extranjera para que pueda desplegar los efectos derivados del reconocimiento<sup>23</sup>. En este punto, como acertadamente afirma la Audiencia Provincial de Zaragoza a tenor de la dicción literal del Preámbulo de la LCJIMC, *“respecto al reconocimiento de una resolución extranjera de forma incidental se ha evitado una referencia en el artículo 44.2 a la apertura de un incidente conforme a lo establecido en los artículos 388 y siguientes LEC, permitiéndose así que el reconocimiento incidental se pueda llevar a cabo de forma ágil y más sencilla en el seno de cada procedimiento según las leyes procesales, ya que el proceso incidental referido parece diseñado para otro tipo de cuestiones y su utilización supondría encajar un ejecutur dentro de un proceso abierto cuando la solución puede ser más sencilla al plantearse normalmente el reconocimiento como base de la estimación o desestimación de la pretensión principal, de tal modo que será la sentencia la que determine la aptitud del documento para probar lo que se pretende”, y que “ Si se tratase de resolver con carácter previo una excepción procesal, en tal momento puede apreciarse también la aptitud del documento para probar las pretensiones”*<sup>24</sup>.

**33.** El convenio bilateral sobre cooperación judicial, invocado por la Sala, en cambio, favorece el reconocimiento de la decisión marroquí al consagrar en su artículo 2 el reconocimiento de pleno derecho, también denominado reconocimiento automático. Un sistema de reconocimiento que, como ha puesto de relieve la doctrina, no está previsto en la LCJIMC a pesar de su inclusión en los textos europeos y de los beneficios que reporta al permitir el reconocimiento de la decisión extranjera sin tener que acudir a un pronunciamiento jurisdiccional<sup>25</sup>. Su aplicación supondría que, en el marco del procedimiento de modificación de las medidas adoptadas por la decisión marroquí, esta última goza del efecto de cosa juzgada de tal modo que el tribunal de instancia ante el que el procedimiento se ha planteado deberá verificar, de oficio *ex* artículo 26, que concurren las condiciones previstas en el artículo 23 del texto convencional, examen del que dejará constancia en su resolución. Para ello, la parte que invoca la decisión extranjera, el actor, deberá aportar los documentos relacionados en el artículo 28 del mismo texto legal y que se refieren a: una copia de la resolución que reúna las condiciones para su autenticidad; el original del documento de notificación de la resolución; certificado en el que conste que la resolución no ha sido objeto de recurso y una copia certificada de la citación, en su caso, a la parte condenada en rebeldía.

**34.** En su examen, el tribunal deberá constatar que concurren las condiciones a las que se refiere el artículo 23 del convenio son las generalmente previstas en los sistemas de eficacia extraterritorial de decisiones, esto es, que la decisión emana de un órgano jurisdiccional competente; que las partes han sido legalmente emplazadas en tiempo y forma; que la resolución goza en origen del efecto de cosa juzgada y, en su caso, ejecutivo; que la resolución no es contraria al orden público del Estado requerido ni a ninguna resolución dictada en dicho Estado y que no existiese ningún procedimiento pendiente en el Estado requerido antes de iniciarse la acción en el Estado de origen de la decisión.

<sup>23</sup> F. GARAU SOBRINO, “Artículo 42. Procedimiento de exequátur”, en F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ/G. PALAO MORENO (Dirs.) *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, 2016, p. 474-491.

<sup>24</sup> Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 28 de noviembre de 2017 (ROJ: AAPZ 3178:2017 ECLI: ES:APZ:2017:3178A)

<sup>25</sup> F. GARAU SOBRINO, “Artículo 44. Reconocimiento”, en F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ/G. PALAO MORENO (Dirs) *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, 2016, pp. 501-516.

# REFLEXIONES PRÁCTICAS SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA FILIACIÓN\*

## PRACTICAL REFLECTIONS ON THE INTERNATIONAL JUDICIAL JURISDICTION AND THE FILIATION

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora. Magistrado Suplente  
Universidad San Jorge*

Recibido: 15.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6018>

**Resumen:** A día de hoy, no existe en el Derecho Internacional privado europeo normativa alguna que regule la filiación por naturaleza, motivo por el cual los Tribunales españoles resolverán los conflictos que se les planteen, aplicando nuestras normas de Derecho Internacional privado de producción interna. El presente trabajo examinará los problemas que suscita en la práctica la aplicación de los foros previstos en el art.22. quáter. d) LOPJ, del cual depende la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de filiación. A tal fin, se tomará como punto de partida el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 13 de febrero de 2020.

**Palabras clave:** filiación, competencia judicial internacional, LOPJ.

**Abstract:** As of today, there is no regulation in European private International Law that regulates filiation by nature, which is why the Spanish Courts will resolve disputes that arise, applying our rules of private International Law of internal production. This paper will examine the problems raised in practice by the application of the forums provided for in article 22. quater. d) LOPJ, on which the determination of the international judicial competence of the Spanish Courts in matters of filiation depends. To this end, the Order of the Provincial Court of Oviedo of February 13, 2020 will be taken as the starting point.

**Keywords:** filiation, international jurisdiction, LOPJ.

**Sumario:** I. Introducción. II. Síntesis de la resolución analizada. III. Cuestiones de competencia judicial internacional en materia de filiación. 1. Consideraciones previas. 2. Algunas reflexiones sobre el art.22. quáter. d) LOPJ. 3. Problemas en relación con la competencia territorial. IV. Análisis del fallo del AAP Oviedo 13 febrero 2020. V. Consideraciones finales.

### I. Introducción

1. Las situaciones transfronterizas objeto del Derecho de familia han suscitado la preocupación del legislador de la Unión Europea, de modo que, progresivamente, se han venido aprobando diferentes instrumentos, mediante los cuales se han unificado las normas de los tres sectores básicos del Derecho Internacional privado, como son la competencia judicial internacional, la ley aplicable y

---

\* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

la validez extraterritorial de decisiones, además de otros, como la asistencia judicial y la cooperación de autoridades. En este sentido, sirvan de ejemplo el Reglamento Bruselas II bis<sup>1</sup> o el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores<sup>2</sup>.

2. Igualmente, han surgido propuestas armonizadoras en materia de Derecho de familia en el seno de organizaciones internacionales, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de entre las cuales, cabe destacar el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (en adelante, CH 1996)<sup>3</sup>. Más en concreto, por lo que respecta a la filiación por naturaleza, cabe mencionar los trabajos que se están llevando a cabo en la Conferencia de La Haya en relación con la filiación y la maternidad subrogada, con la intención de estudiar la viabilidad de un futuro instrumento jurídico que garantice en todos los países la continuidad de la filiación en situaciones internacionales<sup>4</sup>.

3. Sin embargo, lo cierto es que, a día de hoy, no existe en el Derecho Internacional privado europeo normativa alguna que regule la filiación por naturaleza. Ciertamente, tanto el Reglamento Bruselas II bis (art.1.3.a) como el nuevo Reglamento 2019/119 (art.1.4. a) excluyen expresamente la determinación y la impugnación de la filiación. Lo mismo cabe decir del CH 1996, cuyo art.4 a) deja fuera del ámbito de aplicación del Convenio al establecimiento e impugnación de la filiación<sup>5</sup>. Por este motivo, los Tribunales españoles resolverán los conflictos que se les planteen sobre filiación en supuestos transfronterizos, aplicando nuestras normas de Derecho Internacional privado de producción interna.

4. Dejando al margen las cuestiones que derivan de los sectores de la ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones, el presente trabajo examinará los problemas que suscita en la práctica la aplicación de los foros previstos en el art.22. *quáter*. d) LOPJ, del cual depende la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de filiación. A tal fin, se tomará como punto de partida el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 13 de febrero de 2020<sup>6</sup>, cuyos antecedentes de hecho y fundamento de Derecho se resumirán a continuación.

## II. Síntesis de la resolución analizada

5. El Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 13 de febrero de 2020 estima el recurso de apelación interpuesto frente al Auto dictado en primera instancia, por el cual el Juzgado se declara incompetente territorialmente para el enjuiciamiento y fallo de una demanda en ejercicio de una acción de reclamación de filiación paterna extramatrimonial. El Juzgador “a quo” resolvió asimismo que no había lugar a inhibirse del asunto a favor de los tribunales competentes, argumentando que éstos serían,

<sup>1</sup> 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 (DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

<sup>2</sup> DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019. En virtud del art. 105 del citado instrumento, el Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, si bien, se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que serán de aplicación a partir del 22 de julio de 2019.

<sup>3</sup> BOE Núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.

<sup>4</sup> Para mayor información, véase: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

<sup>5</sup> Esta coyuntura ha sido puesta de relieve por Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes, además, señalan que tampoco se contempla la filiación en otras normas de Derecho Internacional privado de la Unión Europea, como el RBI bis y los RRI, RRII y RRIII. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Rapid Centro Color, S.L., Murcia, 2020, p.289.

<sup>6</sup> ECLI: ES:APO:2020:109ª.

a elección del actor, los de Ucrania, correspondientes al domicilio de la parte demandada, o los del Austria, dado que el actor y los menores se encontraban domiciliados en Viena.

6. Concretamente, entiende la Audiencia que, en realidad, el Juzgado de Primera instancia rechazó su competencia judicial internacional, sin tener en cuenta que, en materia de filiación, el art.22 *quáter* d) LOPJ atribuye a los Tribunales españoles competencia judicial internacional cuando, entre otros supuestos, el demandante sea español, lo que acontece en el presente caso. En este punto, el Tribunal “ad quem” muestra su disconformidad con los razonamientos del Juzgador de instancia, en tanto que no concurren ninguno de los criterios a los que remite el primer inciso del art.22 *quáter*, es decir foros exclusivos y sumisión expresa o tácita. Al no mediar sumisión, recuerda la Audiencia, tras analizar el sistema de foros de los arts.22 a 22 *septies* LOPJ, que los Tribunales españoles serán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o por cualquiera de los foros previstos en los arts. 22 *quáter* y 22 *quinquies*.

7. Igualmente, indica la Audiencia Provincial que no se ha invocado ningún convenio que contuviera otro fuero y que debiera prevalecer (art.21 LOPJ), ni por el Juzgado ni por el Ministerio Fiscal. El Tribunal señala asimismo que, dejando de lado que la demandada ostentaba nacionalidad ucraniana, la filiación se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores.

8. Una vez dilucidada la competencia judicial internacional y habiendo atribuido ésta a los Tribunales españoles, el Tribunal “ad quem” se ocupa de la competencia interna y en este sentido, solventa la cuestión de la competencia territorial, analizando el art.50 LEC. A pesar de que, como se ha explicado al principio, ninguna de las partes tiene su domicilio en España y que, en consecuencia, no es posible determinar el Juzgado territorialmente competente, la Audiencia argumenta que no cabe concluir la falta de competencia de los Tribunales españoles por dicho motivo. Ello, atendiendo al interés del Estado, habida cuenta la trascendencia que pudiera tener en materia de nacionalidad y teniendo en cuenta la contradicción que supone declarar la competencia judicial internacional para negarla porque ninguna norma permite determinar la competencia territorial. Más todavía, expone el Tribunal, cuando no es posible determinar si los Tribunales austriacos o ucranianos resultarían competentes conforme a sus propias normas de Derecho Internacional privado.

9. Por consiguiente, acoge la Audiencia Provincial los razonamientos de la parte recurrente, estimando que la competencia territorial ha de recaer en el Tribunal del lugar del último domicilio del actor en nuestro país, puesto que es la solución que mejor encaja en el art.50 LEC.

### III. Cuestiones de competencia judicial internacional en materia de filiación

#### 1. Consideraciones previas

10. En primer lugar, conviene puntualizar una serie de cuestiones que resultan relevantes para entender el régimen de la competencia judicial internacional en general:

- 1ª) Por lo que respecta al presente trabajo, se debe distinguir entre los conceptos de competencia judicial internacional y de competencia interna. Así, la competencia judicial internacional se define como la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de litigios que tengan por objeto situaciones privadas internacionales. Por el contrario, la competencia interna hace referencia a la atribución del enjuiciamiento de un asunto concreto a un órgano jurisdiccional determinado, en función de las reglas de competencia objetiva, territorial y funcional previstas en

- la legislación procesal interna de cada Estado, en el caso del ordenamiento jurídico español, la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>7</sup>.
- 2ª) Con carácter previo a la determinación de la competencia interna del concreto Tribunal que conocerá del asunto, es necesario fijar la competencia judicial internacional de los Tribunales de un Estado, tal como lo han entendido también los tribunales españoles<sup>8</sup>.
- 3ª) La competencia judicial internacional es un presupuesto procesal que se aprecia de oficio. Es decir, ante un litigio cuyo objeto sea una situación privada internacional, los tribunales y autoridades públicas españoles deberán verificar, en primer lugar, si disponen de un foro que les otorgue competencia judicial internacional. Así, únicamente podrán declarar su competencia en los casos previstos en las normas españolas o en su caso, europeas, en tanto que sólo dichas normas establecen si las autoridades españolas pueden aceptar o declinar su competencia. Por consiguiente, la ausencia de competencia judicial internacional impedirá que los órganos jurisdiccionales españoles conozcan del asunto. Más aún, de proceder a su enjuiciamiento, la consecuencia sería la nulidad del proceso<sup>9</sup>. Todo ello, en virtud del art.117.3 CE, los arts.4 y 21.1, 22 *octies* LOPJ, y 36 y 44 LEC, así como el 238 LOPJ en cuanto a la nulidad de actuaciones<sup>10</sup>.
- 4ª) Las normas de competencia internacional de los Estados tan sólo pueden atribuir competencia judicial internacional para dilucidar una controversia a los órganos jurisdiccionales o autoridades públicas de dicho Estado. En consecuencia, dado su carácter unilateral y atributivo, las reglas de competencia judicial internacional de un Estado no podrán fijar la competencia de Tribunales y autoridades extranjeras<sup>11</sup>.
- 5ª) De los arts.24 CE y 6.1 CEDH se desprende que, en virtud del “principio de vinculación mínima” y en aras a no dar lugar a una denegación de justicia, los órganos jurisdiccionales españoles han de enjuiciar los asuntos que presenten una vinculación mínima con nuestro país<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta Octava Edición, Comares, Granada, 2018, pp.106-107, así como E. CASTELLANOS RUIZ Y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)”, *Indret*, Barcelona, Julio 2006, www.INDRET.COM. En este punto, hay que hacer notar que el Título I de la LOPJ utiliza la expresión “extensión y límites de la jurisdicción española”. Recuérdese aquí que por jurisdicción hay que entender el poder de los Juzgados y Tribunales españoles para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art.117.3 CE). No obstante, la jurisprudencia española más reciente se inclina por utilizar el término “competencia judicial internacional”. Sirva de ejemplo la STS (Sala Cuarta), 375/2018, 16 enero 2018 (ECLI: ES:TS:2018:375), en la cual el Alto Tribunal, al resolver la cuestión de falta de jurisdicción, matiza que hay que determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer del litigio.

<sup>8</sup> Muy interesante resulta la STS (Sala Cuarta) 12 Junio 2003, Rec. 4231/2002 (LA LEY 2864/2003), cuyo Fundamento Jurídico Cuarto se pronuncia como sigue en relación con una situación privada internacional: “Incurrir con ello en el error de integrar en uno solo, dos pasos o momentos en la delimitación del fuero, que son sucesivos y claramente diferenciados. En primer lugar, procede decidir si los tribunales españoles tienen competencia internacional para conocer del asunto; en el segundo, subsidiario del primero, precisar, si es que se plantea ese tema, qué concreto tribunal español es el competente por razón del territorio para conocer de la cuestión planteada. Los artículos 50 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.1 de la de Procedimiento Laboral, carecen de toda virtualidad y eficacia para resolver el primero, esto es para determinar la competencia judicial internacional; y son sólo válidos para, una vez declarado que los tribunales españoles la tienen, identificar el tribunal competente para resolver”.

<sup>9</sup> Así lo decretó la SAP Madrid, Sección 13ª, 445/2012, 7 Septiembre 2012, Rec. 724/2011, (ECLI: ES:APM:2012:17976).

<sup>10</sup> A este respecto, consúltese CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta Octava Edición, Comares, Granada, 2018, p.108, así como CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Un Convenio internacional perdido y hallado en las Islas Baleares: Reflexiones sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional y las fuentes del Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2017), Vol. 9, No 1, p.374. Véase igualmente, E. CASTELLANOS RUIZ Y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)”, *Indret*, Barcelona, Julio 2006, www.INDRET.COM.

<sup>11</sup> Vid. STC (Sala Primera) 61/2000, 13 Marzo 2000, Rec. 4379/1995 (LA LEY 57256/2000) y A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta Octava Edición, Comares, Granada, 2018, p.112.

<sup>12</sup> Vid. STEDH (Sección 3ª) 1 de marzo 2016, *Caso Arlewin vs. Suecia* (TEDH 2016)12) y A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta Octava Edición, Comares, Granada, 2018, pp.112 y 113.

11. Sentadas las anteriores reflexiones, resulta procedente analizar el contenido y alcance que ha de darse al art.22 *quáter* LOPJ y más en concreto, a su apartado d), atendiendo a que el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo se pronuncia sobre una reclamación en materia de filiación.

## 2. Algunas reflexiones sobre el art.22. *quáter*. d) LOPJ

12. La redacción del vigente art.22. *quáter*. d) LOPJ trae causa de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en virtud de la cual se añadió dicho precepto, tal como se contempla en el apartado ocho de su Artículo Único<sup>13</sup>.

13. Antes de entrar a estudiar este precepto, parece oportuno señalar que, con anterioridad a la mencionada reforma, la competencia judicial internacional para conocer de litigios relativos a la filiación se regulaba en el art.22.3 LOPJ. Este artículo atribuía competencia a los Tribunales españoles cuando el hijo tuviese su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante fuese español o residiera habitualmente en nuestro país. Este artículo no quedó exento de críticas y así, se puso de manifiesto que su aplicación podría dar lugar a resoluciones claudicantes y resultar contraria al principio de tutela judicial efectiva del art.24 CE, en supuestos no suficientemente vinculados con España. Ello, dada la amplitud de los criterios que incorporaban los foros previstos en el art.22.3 LOPJ y su posible carácter exorbitante<sup>14</sup>.

14. De la misma manera, se valoró la posible aplicación del foro de la sumisión de las partes, si bien, pese a que la jurisprudencia no fue unánime, un sector doctrinal se inclinó por una respuesta negativa a la cuestión, habida cuenta que la filiación no es materia de libre disposición para las partes<sup>15</sup>.

15. En la actualidad, la competencia judicial internacional en relación a los litigios sobre filiación natural se regula en el art. 22 *quáter* d) LOPJ. En lo referente al art.22 *quáter*, cabe recordar que incorpora los foros especiales por razón de la materia relativos a los sectores de persona y familia. Sobre ellos se ha dicho que responden a tres principios fundamentales, que justifican la competencia de los tribunales españoles: principio de proximidad<sup>16</sup>, principio de pluralidad de foros a favor del demandante y principio de protección de la parte débil<sup>17</sup>. Del mismo modo, se ha puesto de manifiesto que el legislador ha entendido erróneamente que la LOPJ es una norma distributiva de competencia judicial internacional, tal como se desprende del primer inciso del .art.22 *quáter*, que establece que, en las materias que comprende, serán competentes los Tribunales españoles “En defecto de los criterios anteriores.”<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, de 22/07/2015).

<sup>14</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimoquinta Edición, Comares, Granada, 2014, pp.300-301. Respecto a la naturaleza de foros exorbitantes de aquellos que utilizan el criterio de la nacionalidad del demandante y su posible contrariedad con el derecho de acceso a la justicia, puede consultarse, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*”, *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado*, Libro Homenaje al Dr. LEONEL PEREZNIETO CASTRO (V.M. Rojas Amandi, coord.), México, Tirant lo Blanch México, 2017, pp. 229-285

<sup>15</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit*, Vol. II, Decimoquinta Edición, p.301.

<sup>16</sup> Sobre este particular, se ha indicado que los foros del art.24 *quáter* LOPJ responden a un principio de vinculación razonable, de modo que es esta vinculación del litigio con España la que justifica la competencia judicial de los tribunales españoles. Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Nº 8614, Sección Documento on-line, 28 de Septiembre de 2015, Editorial LA LEY (LA LEY 5704/2015).

<sup>17</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit*. Vol I, p.153.

<sup>18</sup> A. DURÁN AYAGO, “Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE n.º 174, de 22-VII-2015]: competencia judicial internacional en materia civil y mercantil”, *Ars Iuris Salmanticensis*: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, Vol. 4, Nº. 1, 2016, p.286.

16. En este punto, con carácter general, hay que precisar una serie de cuestiones:

- 1ª) Los foros especiales del art.22. *quáter* LOPJ son foros “adicionales” al foro del domicilio del demandado (art.22. *ter* LOPJ), dado que éste opera en relación con cualquier tipo de materia, incluidas las propias del Derecho de familia. Ello supone que los tribunales españoles pueden enjuiciar los litigios cubiertos por el art. 22 *quáter* LOPJ conforme a los criterios del propio foro especial o en su caso, con arreglo al foro del domicilio del demandado en España del art. 22. *ter* LOPJ.
- 2ª) Este carácter “adicional” también se predica respecto del art.22 bis LOPJ<sup>19</sup>. Ahora bien, ténganse en cuenta aquí que el art.22 bis LOPJ, en su apartado 1, prevé que no surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido, entre otros preceptos, en el art. 22 *quáter*. Esta previsión ha sido calificada de poco clara e incluso de absurda, por parte de la doctrina, que entiende que se encuentra fuera de lugar. Ello, habida cuenta a que, nuevamente, el legislador no ha tomado en consideración que la LOPJ no es una norma distributiva de competencia judicial internacional, a diferencia de otros textos, como el RBI bis, en el cual parece inspirarse y que sí tiene dicha naturaleza. No obstante, resulta lógica la referencia al art.22 *quáter*, puesto que las sumisión sólo debe admitirse en relación con materias disponibles para las partes, siendo indisponibles, las relativas a estado civil, familia o protección de menores e incapaces<sup>20</sup>.

17. Entrando ya en el estudio del art.22 *quáter* d) LOPJ, el mismo otorga competencia a los tribunales españoles “cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.” A esto se suma la posibilidad de que conozcan de la controversia los órganos jurisdiccionales españoles cuando el domicilio del demandado se encuentre en nuestro país (art.22 *ter* LOPJ). Tal como se ha explicado anteriormente, si no concurre ninguno de estos foros, los Tribunales españoles habrán de declararse de oficio incompetentes.

18. Respecto a los foros del art.22 *quáter* d) LOPJ deben realizarse algunas observaciones:

- 1ª) Operan independientemente de que el sujeto cuya filiación se cuestione sea mayor o menor de 18 años o mayor o menor de edad conforme a su ley personal<sup>21</sup>. Así se desprende de la referencia al “hijo o menor”, que incorpora como novedad el art.22 *quáter* d) LOPJ<sup>22</sup>.
- 2ª) Otra previsión que no figuraba en el art.22.3 LOPJ la constituye la exigencia de que el demandante, en todo caso, resida en nuestro país al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda. Esta circunstancia ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, que ha puesto de relieve las dificultades que suscita su interpretación; más aún si se pone en relación este plazo con los dos criterios anteriores, enunciados en el art.22. *quá-*

<sup>19</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.* Vol I, p.153. En este sentido, los citados autores remarcan que: “De hecho, sólo cuando los foros generales no otorgan competencia judicial internacional a los tribunales españoles, pueden aplicarse los foros especiales recogidos en los arts. 22 *quáter*, *quinquies*, *sexies* y *septies* LOPJ.”

<sup>20</sup> Para mayor información, consúltese: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimooctava edición, Comares, Granada, 2018, p.144; J.M. ESPINAR VICENTE, “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley Unión Europea*, Nº 31, 30 de Noviembre de 2015, Año III, Wolters Kluwer (LA LEY 6900/2015); F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma...cit.”; A. DURÁN AYAGO, “Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio... cit”, p.285.

<sup>21</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Murcia, 2020, Rapid Centro Color, p.290.

<sup>22</sup> Recuérdese que con anterioridad a la modificación del 2015, el art.22.3º LOPJ, sólo hacía mención expresa al hijo, sin aludir a la condición de menor. Vid. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02/07/1985).

ter d) LOPJ, es decir, que “el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español”. A este respecto, en aras de encontrar una explicación razonable al precepto, se entiende que la intención del legislador ha sido atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales españoles cuando el demandante sea español o lleve residiendo habitualmente en España durante un plazo mínimo de seis meses con anterioridad a la presentación de la demanda<sup>23</sup>.

19. En cuanto a la posibilidad de que opere el foro de la sumisión de las partes del art. 22 bis LOPJ, un sector doctrinal afirma que, puesto que afectan al estatuto personal, la familia y las sucesiones, no cabe la autonomía de la voluntad respecto de los foros del art.22 *quáter*<sup>24</sup>. Más concretamente, en relación con el art. 22 *quáter* d), algunos autores sostienen el mismo criterio que con el anterior art.22.3 LOPJ. Así, entienden que no cabe sumisión de las partes en los litigios de filiación, en tanto que, a diferencia de otras normas de competencia judicial internacional de la propia LOPJ, el citado precepto no lo contempla expresamente, y habida cuenta que no se trata de una materia de libre disposición para los particulares<sup>25</sup>.

20. Ello concuerda con las previsiones de la LEC en relación con los procesos especiales de filiación, habida cuenta que, conforme al art.753.1 LEC, este tipo de procesos se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, y toda vez que el art.54.1 LEC excluye de la regla general del carácter dispositivo de la competencia territorial a los asuntos que deban decidirse por esta clase de procedimientos declarativos. Como también va en sintonía con la indisponibilidad del objeto del proceso en este tipo de procedimientos, prevista en el art.751 LEC.

### 3. Problemas en relación con la competencia territorial

21. Al igual que en la resolución objeto del presente trabajo, en ocasiones, puede suceder que, conforme a los arts.22 a 22 *nonies* LOPJ o en su caso, de otras normas de la Unión Europea o convencionales, los Tribunales españoles dispongan de un foro que les atribuya competencia judicial internacional para el enjuiciamiento del asunto, pero, sin embargo, de las reglas previstas en nuestra ley procesal no se deduzca el concreto órgano jurisdiccional que resulta territorialmente competente para conocer del litigio (arts.50-53 LEC). Ante semejante problema, en la práctica se identifican las siguientes soluciones<sup>26</sup>:

- 1º) De forma completamente errónea, los Tribunales españoles se declaran internacionalmente incompetentes, aún pudiendo fundamentar su competencia internacional en la LOPJ o en un instrumento de la Unión Europea o convencional aplicable en nuestro país, por el mero hecho de no poder identificar el concreto órgano jurisdiccional que dispone de competencia territorial con arreglo a la LEC<sup>27</sup>.
- 2º) Además de declararse internacionalmente incompetentes, también de manera incorrecta, otros Juzgados y Tribunales españoles, señalan a las partes que deben interponer la demanda ante los tribunales de un país extranjero<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma...cit.”

<sup>24</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, “Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio... cit”, p.286.

<sup>25</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimoctava edición, Comares, Granada, 2018, p.317.

<sup>26</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoctava edición, Comares, Granada, 2018, pp.138 y 139.

<sup>27</sup> En este sentido, Vid. AAP Madrid (Sección 22ª), 358/2008, 17 noviembre 2008, Rec.938/2008 (ECLI:ES:APM:2008:16339A), en el cual, frente a una demanda de divorcio entre un cónyuge español y otro argentino, ambos con residencia en Argentina, se concluye que “en orden a la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los pleitos matrimoniales, no basta el que los cónyuges se hayan sometido a su jurisdicción, sino que tiene que existir alguno de los criterios de conexión territorial establecidos en el referido artículo 769 (LEC)”.

<sup>28</sup> Vid. AAP Barcelona (Sección 12ª), 77/2011, 8 Abril 2011, Rec. 1095/2010 (ECLI:ES:APB:2011:2097A). En el presente

- 3º) Algunos tribunales optan por lo que se denomina “foro de rescate”, que consiste en buscar, mediante respuestas de “desarrollo jurisprudencial”, que salvaguarden la tutela judicial efectiva (art.24 CE y art.6 CEDH), un foro de competencia territorial que evite la denegación de justicia, al mismo tiempo que garantiza el cumplimiento del mandato incorporado en las normas de competencia judicial internacional (LOPJ o textos de la Unión Europea o convencionales en vigor en España). A tal fin, se proponen dos técnicas: a) interpretar los foros de competencia internacional como foros de competencia territorial, siempre que permita establecer el órgano jurisdiccional español territorialmente competente (tesis alemana); b) en defecto de la solución anterior, identificar el “juez próximo” atendiendo a los elementos del litigio (tesis de la proximidad)<sup>29</sup>.

22. Como ya se ha explicado, las dos últimas soluciones son de todo punto incorrectas, siendo esta última opción la que resulta más adecuada, toda vez que los tribunales españoles tienen obligación de conocer de un litigio cuando los foros de los arts.22-22 *nonies*, o los recogidos en otros instrumentos, con origen en el legislador europeo o pertenecientes a la dimensión convencional, les otorguen competencia judicial internacional.

#### IV. Análisis del fallo del AAP Oviedo 13 febrero 2020

23. Teniendo en cuenta los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho de la mencionada resolución y a la vista de los razonamientos que se extraen del apartado III del siguiente trabajo, procede analizar el fallo del citado Auto, junto con la decisión del Juzgado de Primera Instancia.

23. Así, en primer lugar, hay que poner de relieve el criterio erróneo mantenido por el Juzgado de Primera Instancia, que declaró su falta de competencia territorial para conocer de una acción de filiación no matrimonial, considerando competentes a los Tribunales austriacos o a los Tribunales ucranianos. Ello, por las siguientes razones:

- 1ª) El Juzgador “a quo” confunde los conceptos de competencia judicial internacional y de competencia interna, toda vez que, como también expone la Audiencia Provincial, se declara incompetente territorialmente, cuando lo que, en realidad, está determinando es su falta de competencia internacional
- 2ª) El Juez de Primera Instancia parece desconocer que, en defecto de norma de la Unión Europea o convencional, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles se regula en la LOPJ, mientras que la competencia interna se determina conforme a las reglas de la LEC (arts.50-53 LEC, para la competencia territorial).
- 3ª) La decisión de instancia obvia que con carácter previo a la determinación del concreto órgano territorialmente competente para conocer del litigio, ha de fijarse la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, considerados en su conjunto, para el enjuiciamiento de la acción de filiación.
- 4º) El Juzgado de Primera Instancia se olvida igualmente de que, debido al carácter unilateral y atributivo de la LOPJ, sus reglas de competencia judicial internacional sólo pueden otorgar competencia a los órganos jurisdiccionales españoles, sin que de ningún modo puedan utilizarse para determinar la competencia de Tribunales y autoridades extranjeras.

---

caso, se planteó una declinatoria sobre la base de la falta de competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia, cuando lo que se cuestionaba en realidad era la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. Finalmente, se estimó la declinatoria, indicando a las partes que los Tribunales competentes para conocer de su divorcio eran los argentinos.

<sup>29</sup> Esta práctica de identificar el fuero más próximo ha sido acogida por el Tribunal Supremo y en este sentido, cabe traer a colación el ATS (Sala Primera) 4 Febrero 2020, Rec. 204/2019 (ECLI: ES:TS:2020:1097A), en el cual, con cita de otras resoluciones, ante la ausencia de normas especiales de competencia territorial para las acciones de derecho privado de la competencia, resuelve que el fuero más próximo a la regulación de dichas acciones es el de competencia desleal, previsto en el artículo 52.1. 12.º LEC.

- 5º) Por último, tampoco tiene en cuenta el órgano “ad quo” que las normas de competencia territorial no tienen por objeto la regulación de la competencia judicial internacional y no pueden servir como fundamento para que el Juzgado se declare incompetente internacionalmente ni para atribuir la competencia a Tribunales de otros Estados.

**24.** En segundo término, no cabe estar de acuerdo con la confusa interpretación del art.22. *quáter* d) LOPJ que lleva a cabo el Auto apelado, sobre la base de que los foros de dicho precepto sólo se aplican “en defecto de criterios anteriores” y con fundamento en que la filiación no es materia de foro exclusivo ni consta sumisión expresa o tácita de las partes en el procedimiento enjuiciado. En este sentido, es posible argüir los motivos que a continuación se exponen:

- 1º) Debe recordarse aquí lo dicho en relación con el primer inciso del art.22. *quáter* LOPJ, en tanto que parece obedecer a un lapsus del legislador, que no ha tomado en consideración el carácter no distributivo de los foros de la LOPJ.
- 2º) De otro lado, cierto es que los foros especiales del art.22. *quáter* tienen carácter “adicional” en relación con los foros generales (arts.22. bis y 22 *ter* LOPJ), lo que supondría que sólo pueden operar los foros especiales cuando los foros generales no otorgan competencia judicial internacional a los tribunales españoles. Ahora bien, aunque no concurre sumisión de las partes, el Juzgador de instancia no ha tenido en cuenta, que aún existiendo, la referencia expresa que realiza el apartado 1 del art.22 bis LOPJ al art.22 *quáter*, pese a su ambigüedad, debe interpretarse en el sentido de que no cabe la autonomía de la voluntad de las partes en aquellas materias que no son disponibles, como es el caso de la filiación.

**25.** En cuanto a la decisión de la Audiencia Provincial, efectivamente, como muy bien indica, es suficiente con que se cumpla el requisito de que el demandante sea español para que pueda atribuirse competencia judicial internacional a los Tribunales españoles a fin de conocer de las demandas de filiación, conforme al apartado d) del art.22 *quáter* LOPJ. Ello, habida cuenta la presencia de la conjunción “o” entre las diferentes alternativas que presenta el citado artículo. En este punto, hay que hacer hincapié en que la competencia judicial se aprecia de oficio y que, ante una controversia que verse sobre una situación privada internacional, basta con que concurra un foro previsto en nuestras normas que atribuya competencia internacional a los Tribunales españoles para que estos se declaren internacionalmente competentes. Recuérdese, asimismo, que los tribunales españoles únicamente pueden declinar su competencia cuando los foros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplen dicha competencia (art.22 *octies* LOPJ).

**26.** Tampoco hay nada que objetar al razonamiento del órgano de apelación acerca de que la filiación no es materia de foro exclusivo; así como tampoco a la conclusión que alcanza el Tribunal “ad quem” en el sentido de que la filiación no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de ningún instrumento ni de la Unión Europea ni convencional, y que, por consiguiente, resulta de aplicación la LOPJ, dado su carácter subsidiario (art.21 LOPJ).

**27.** Por lo que respecta al análisis que lleva a cabo el órgano de apelación acerca del foro de la sumisión de las partes, de la farragosa redacción del auto se deduce que entiende la Audiencia que para que entre en juego el apartado d) del art. 22 *quáter* no es necesario que medie la autonomía de la voluntad, sino que el foro especial opera en defecto de pacto, de acuerdo con el art. 22 *ter* LOPJ. A este respecto, a fin de no resultar reiterativos, cabe remitirse a lo dicho en relación con la resolución de primera instancia, resaltando la idea de que, siendo la filiación una materia indisponible para las partes, no cabe sumisión en los litigios como el que es objeto de apelación en este caso. Más aún, cuando, a diferencia de lo que ocurre en el apartado g) del art. 22 *quáter* LOPJ para la sucesión, la referencia a la sumisión no aparece expresamente recogida en el apartado d) del citado precepto. En cuanto a la alusión que hace el Tribunal “ad quem” al art.22 *ter* LOPJ, lo más razonable es defender que la redacción de este artículo,

nuevamente, responde al error del legislador, que parece entender que la LOPJ es un texto de naturaleza distributiva, más que a una prelación de foros<sup>30</sup>.

**28.** Muy interesante resulta la respuesta que ofrece la Audiencia en relación con la competencia territorial, puesto que resuelve el problema que suscita la no concurrencia de ninguno de los criterios del art.50 LEC, al residir todas las partes implicadas en el extranjero. Los argumentos de la Sala en este punto han de ser plenamente compartidos, en tanto que la solución de atribuir competencia a los Juzgados del último domicilio en España del demandante constituye un “foro de rescate” acorde con la tesis de proximidad, explicada más arriba. La conclusión contraria, es decir, la declaración de incompetencia del Juzgado de Primera Instancia sobre la base de la ausencia de un foro que le otorgue competencia territorial, cuando sí que dispone de competencia internacional conforme al art.22 *quáter* d) LOPJ, comportaría una denegación de justicia contraria al principio de tutela judicial efectiva (art.24 CE) y al derecho a un proceso equitativo (art.6 CEDH).

## V. Consideraciones finales

**29.** Del presente trabajo se han podido deducir algunos de los errores que habitualmente cometen los Juzgados y Tribunales españoles al dar respuesta al problema que suscita el hecho de que dispongan de un foro de competencia internacional previsto en nuestras leyes y sin embargo, no puedan declararse territorialmente competentes conforme a la legislación procesal española. Asimismo, al hilo de la práctica judicial, se han podido identificar los posibles defectos de que adolece el sistema de competencia judicial internacional previsto en la LOPJ, particularmente en materia de filiación por naturaleza. A este respecto, pueden extraerse las siguientes consideraciones:

**30.** Primera: Resulta inadmisibles la confusión en que incurren algunos Juzgados y Tribunales españoles, que, como en el supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Oviedo, no distinguen entre competencia judicial internacional y competencia interna. Ello sucede, particularmente, en aquellos litigios con elemento internacional en los cuales nuestros órganos jurisdiccionales no pueden determinar su competencia territorial de acuerdo con la legislación procesal española, lo que repetidamente les lleva a declararse internacionalmente incompetentes, aún disponiendo de un foro en la LOPJ o en otro instrumento normativo en vigor en España, que les otorgue competencia internacional.

**31.** Segunda: Otro error común en la práctica judicial es el que, como en los autos analizados, cometen ciertos órganos jurisdiccionales, al declararse internacionalmente incompetentes para el enjuiciamiento de una situación privada internacional y atribuir competencia internacional a los Tribunales de un país extranjero. Ello, haciendo caso omiso del carácter unilateral y la naturaleza atributiva de la LOPJ, que vetan tal posibilidad, dado que únicamente atribuyen competencia internacional a favor de los Tribunales españoles.

**32.** Tercera: En aquellos supuestos en los cuales los órganos jurisdiccionales españoles no dispongan de un foro que les otorgue competencia territorial (arts. 50-53 LEC), pero sí que resulten internacionalmente competentes conforme a los foros de la LOPJ u otra norma de la UE o convencional, la solución no pasa porque se declaren de oficio incompetentes, en muchos casos, incluso atribuyendo competencia internacional a tribunales extranjeros. Lo más acorde con los arts. 24 CE y 6 CEDH, sería integrar esta laguna a través de soluciones de desarrollo judicial, tal como hace la Audiencia Provincial de Oviedo, a través de la creación de un “foro de rescate”, que identifique el foro más próximo en relación con los presupuestos del litigio y que refleje la conexión con nuestro país.

---

<sup>30</sup> A. DURÁN AYAGO, “Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio... cit”, p.286.

**33.** Cuarta: Como se infiere de la resolución analizada en el presente trabajo, la confusa redacción de los foros de los arts.22-22 *nonies* LOPJ no facilita la labor de nuestros Tribunales, en tanto que suscita serias dudas respecto a su posible interpretación. En particular, los inconvenientes que se desprenden del art.22. *quáter* d) en relación con otros preceptos, como los arts. 22 bis y 22 *ter* LOPJ, obedecen, además de a su impreciso tenor literal, a que el legislador español ha olvidado que la LOPJ es una norma atributiva de competencia internacional a favor de los Tribunales españoles, a diferencia de otros instrumentos normativos de la Unión Europea, en los que, al parecer, se inspira la reforma de la LOPJ efectuada en 2015. En este sentido, la solución no pasa únicamente por reinterpretar las normas o integrar las lagunas, a fin de dotar de sentido o coherencia a algunas de estas reglas. Antes al contrario, lo más deseable sería que el legislador español acometiera una reformulación o modificación del sistema de foros de la LOPJ, que solvete los problemas que suscita su aplicación en la actualidad. Especialmente, en lo referente a la filiación natural, deberían despejarse las dudas que genera el plazo mínimo de seis meses de residencia habitual en España con anterioridad a la interposición a la demanda, que se requiere al demandante, en el art.22 *quáter* d) LOPJ. Asimismo, siendo la filiación una materia indisponible para las partes, en la que no cabe el recurso a la autonomía de la voluntad, debería darse una respuesta acorde con estas circunstancias a los interrogantes que se han puesto en evidencia respecto del foro de la sumisión.

OS BENEFICIÁRIOS DA OPÇÃO DE RECORRER AO FORO  
DA RESIDÊNCIA HABITUAL DO CREDOR NO REGULAMENTO  
SOBRE OBRIGAÇÕES DE ALIMENTOS – A INVERSÃO  
DA JURISPRUDÊNCIA NO CASO WV CONTRA LANDKREIS  
HAMBURG

THE BENEFICIARIES OF THE OPTION TO RESORT  
TO THE JURISDICTION OF THE CREDITOR'S HABITUAL  
RESIDENCE IN THE MAINTENANCE OBLIGATIONS  
REGULATION - THE REVERSAL OF JURISPRUDENCE IN  
THE JUDGMENT WV VERSUS LANDKREIS HARBURG

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES  
*Professora Associada da  
Escola de Direito da Universidade do Minho*

Recibido: 16.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6019>

**Resumo:** Este breve comentário analisa a decisão do TJUE *Wv contra Landkreis Hamburg* e a controvérsia que foi dirimida sobre a possibilidade de uma entidade pública recorrer ao tribunal do lugar da residência habitual do credor de alimentos, de acordo com o art. 3º al. b) do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares, numa ação de regresso contra o devedor de alimentos relativa ao crédito de alimentos que lhe foi transmitido por sub-rogação legal, em resultado de prestações de assistência social.

**Palavras-chave:** Regulamento sobre Obrigações Alimentares, residência habitual do credor de alimentos, artigo 3 (3).

**Abstract:** This brief commentary analyses the judgment of the ECJ, *Wv against Landkreis Hamburg*, and the controversy that was settled over the possibility of a public entity appealing to the court of the creditor's habitual residence, according to Article 3 (b) of the Maintenance Obligations Regulation, in an action for recovery of maintenance brought against the debtor concerning the maintenance credit that was transmitted to him by legal subrogation, as a result of social assistance benefits.

**Keywords:** Maintenance Obligations Regulation, creditor's habitual residence, Article 3 (b).

**Sumário:** I. O caso *Wv contra Landkreis Hamburg*. II. O Regulamento Sobre Obrigações Alimentares. III. A norma de competência internacional do art. 3º do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares. IV. A controvérsia em torno da al. b) do art. 3º do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares.

## I. O caso *Wv contra Landkreis Hamburg*

1. O caso *Wv contra Landkreis Hamburg*, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 17 de setembro de 2020<sup>1</sup>, envolve a aplicação do art. 3º, al. b), do Regulamento relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (Regulamento sobre Obrigações Alimentares). *Wv*, idosa e residente na Alemanha, era titular de uma pensão de alimentos em relação ao seu filho, residente na Áustria. A mãe de *Wv* recebeu, a partir de abril de 2017, prestações de assistência social concedidas pelo Distrito de Hamburgo.

2. Nos termos do Código Civil alemão, o Distrito de Hamburgo considerou-se sub-rogado no direito da beneficiária da assistência social face ao seu filho, relativamente às prestações alimentares. Assim sendo, propôs uma ação de regresso em matéria alimentos contra *Wv*, para recuperar os créditos alimentares de que era titular em sub-rogação da mãe de *Wv*, no Tribunal Regional Superior de Colónia, enquanto tribunal do local em que o credor tem a sua residência habitual, nos termos do art. 3º, al. b), do Regulamento sobre Obrigações Alimentares. Ora, este Tribunal considerou que a competência prevista no art. 3º, al. b) era reservada exclusivamente à pessoa singular à qual era devida a pensão de alimentos.

3. Esta decisão foi objeto de recurso para o Tribunal Regional Superior de Colónia, que tomou uma decisão contrária, considerando que o Distrito de Hamburgo, na qualidade de cessionário dos direitos de alimentos, poderia recorrer ao foro estabelecido no art. 3º, al. b). O caso chega ao Supremo Tribunal Federal alemão, que submete ao TJUE a questão relativa à interpretação do art. 3º, al. b) do Regulamento sobre Obrigações Alimentares, inquirindo se uma entidade pública que atribui prestações sociais a um credor de alimentos e, em resultado disso, por sub-rogação legal lhe é transmitido esse crédito, pode beneficiar do foro da residência habitual do credor de alimentos numa ação de regresso relativa ao crédito de alimentos contra o devedor de alimentos.

Ora, o caso que agora comentamos envolve a aplicação de uma norma de jurisdição presente no art. 3º do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares. Passemos a analisar, muito brevemente, o seu âmbito de aplicação.

## II. O Regulamento Sobre Obrigações Alimentares

4. O Regulamento Sobre Obrigações Alimentares foi elaborado com o objetivo de permitir que a decisão que um credor de alimentos obteve num Estado-Membro tenha automaticamente força executória no espaço da União Europeia (considerando 9), permitindo a cobrança efetiva e célere deste tipo de créditos. Para esse efeito estabelece normas de competência internacional, normas de conflitos, e simplifica o procedimento de reconhecimento e execução das decisões relativas a alimentos.

5. O Regulamento n.º 4/2009 aplica-se às obrigações alimentares decorrentes de relações de família, de parentesco, de casamento ou de afinidade (art. 1º, n.º 1), sendo que o conceito de obrigação alimentar deve ser interpretado de forma autónoma (considerando 11), para que exista um tratamento uniforme de todos os credores de alimentos dentro da União. Se assim não fosse, poderia existir uma desigualdade entre credores de alimentos dentro da União em situações idênticas, em resultado do conceito de obrigação alimentar ser diferente de Estado-Membro para Estado-Membro.

6. Decisão é entendida num sentido amplo de qualquer decisão proferida por um tribunal num Estado-Membro independentemente da sua designação como acórdão, sentença, despacho judicial, mandato de execução (artigo 2.º, n.º 1, 1). O Regulamento aplica-se não só às decisões judiciais relativas às obrigações alimentares, como àquelas proferidas pelas autoridades administrativas dos Estados-Membros, desde que estejam salvaguardadas as garantias de imparcialidade dessas entidades e de au-

<sup>1</sup> STJCE 17 setembro 2020, C-540/19, *Wv contra Landkreis Hamburg*, 2020, ECLI:EU:C:2020:732.

dição das partes (artigo 2.º, n.º 2). É também assegurado nos termos do Regulamento o reconhecimento e a execução das transações judiciais e dos atos autênticos (considerando 13 e artigo 48.º).

7. O Regulamento aplica-se sempre que o tribunal de um Estado-Membro tenha competência segundo as normas de competência previstas no regulamento, sendo reconhecidas as decisões proferidas ao abrigo do mesmo.

8. Quanto ao seu âmbito de aplicação temporal, de acordo com o art. 76º do Regulamento (CE) n.º 4/2009, este é aplicável a partir de 18 de junho de 2011, sob condição de nessa data o Protocolo de Haia de 23 de novembro de 2007 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares (Protocolo de Haia) já ser aplicável na União. Todavia, o art. 4º da decisão do Conselho 2009/941/CE, de 30 de novembro, relativa à celebração pela Comunidade Europeia do Protocolo de Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações alimentares estabeleceu que as normas do referido Protocolo são aplicadas na União a título provisório a partir de 18 de junho de 2011, se este ainda não tivesse entrado em vigor nesta data.

9. O Regulamento sobre Obrigações Alimentares substituiu as disposições do regulamento Bruxelas I em matéria de obrigações alimentares (art. 68º, n.º 1) e do Regulamento (CE) n.º 805/2004, salvo em relação aos títulos executivos europeus emitidos num Estado-Membro não vinculado pelo Protocolo de Haia (art. 68º, n.º 2).

### III. A norma de competência internacional do art. 3º do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares

10. O caso que estamos a comentar versa sobre a interpretação de uma das alíneas do art. 3º, que é a norma de competência internacional supletiva, aplicável na ausência da existência de pactos atributivos de jurisdição ou caso estes não sejam possíveis, nos termos do art. 4º do Regulamento sobre Obrigações Alimentares.

11. No art. 3º encontramos uma norma de competência internacional que estabelece mais do que um tribunal competente para julgar uma ação relativa a direito de alimentos. A alternatividade dos fatores de competência estabelecida permite àquele que prevenir a jurisdição a oportunidade de escolha: o autor da ação poderá escolher um dos foros indicados na norma.

De acordo com a al. a) da referida disposição legal, terá competência para julgar uma ação de alimentos o tribunal do local da residência habitual do requerido. Esta norma concretiza o princípio do *actor sequitur forum rei*, ou seja, o princípio do tribunal da residência habitual do demandado.

12. Todavia, estamos perante uma norma de competência alternativa, por isso, o autor pode optar por propor a ação no tribunal do local da residência habitual do credor de alimentos. Esta norma da al. b) tem como efeito o favorecimento do credor de alimentos, uma vez que estabelece um *forum actoris*, no sentido em que, geralmente, o credor de alimentos será o autor da ação e poderá propor a ação no tribunal da sua residência habitual. Este é um foro que lhe será próximo e evitará as despesas e os incómodos de litigar em país estrangeiro.

13. Porém, o autor tem mais opções. De acordo com a al. c), tem ainda competência para apreciar a ação de alimentos o foro competente para apreciar uma ação relativa ao estado das pessoas (como o divórcio ou a validade do casamento) de acordo com a *lex fori*, quando o pedido de alimentos for acessório a essa ação. Só assim não será quando a competência se basear unicamente na nacionalidade de uma das partes, já que a nacionalidade de apenas uma parte não é considerado vínculo suficiente para atribuir competência internacional a um Estado. Este é um fator de competência que tentar concentrar a decisão de questões conexas no mesmo tribunal e permitir que sejam apreciadas em conjunto. Além de

permitir a coerência na decisão de questões conexas, este fator de competência permite ganhos processuais e traduz uma boa administração da justiça, já que traz vantagens no plano da economia e celeridade processual, como por exemplo a apreciação de provas comuns. Beneficia também as partes, uma vez que lhes permite resolver todos os litígios no mesmo tribunal, evitando os custos e os incómodos da proliferação de ações conexas pelos tribunais de diferentes Estados. Esta norma permite uma articulação com o Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*)<sup>2</sup>.

14. Por fim, o autor pode escolher propor a ação ainda no tribunal competente para apreciar uma ação relativa à responsabilidade parental de acordo com a *lex fori*, quando o pedido de alimentos é acessório a essa ação, nos termos da al. d). Só não será assim, quando a competência se baseia unicamente na nacionalidade de uma das partes. Tal como na al. c), a justificação desta disposição legal reside no facto de se possibilitar a decisão de questões conexas no mesmo tribunal e permitir que sejam apreciadas em conjunto, com as vantagens enunciadas *supra*. Nesta al. d) junta-se outra justificação de elevada importância. As ações judiciais que envolvem crianças, pelas regras de experiência comum, sujeitam a criança a episódios traumáticos. Possibilitar que seja o mesmo tribunal a decidir as responsabilidades parentais e a obrigação de alimentos, além de promover uma coerência de decisões, permite evitar sujeitar a criança a duas ações judiciais, com os efeitos nefastos que daí decorrem, e tomar uma decisão mais rápida relativamente a questões que são essenciais para a vida da criança. Desta forma, podemos reconhecer nesta alínea a concretização do princípio do superior interesse da criança. Também aqui temos uma articulação com o Regulamento Bruxelas II *bis*<sup>3</sup>.

Note-se, ainda em relação ao art. 3º, que o conceito de nacionalidade deve ser substituído por domicílio, nos países que utilizem o domicílio como fator atributivo de competência em matéria familiar (art. 2º, n.º 3, do Regulamento sobre Alimentos).

#### IV. A controvérsia em torno da al. b) do art. 3º do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares

15. A controvérsia que é dirimida no julgamento que estamos a comentar é sobre a possibilidade de uma entidade pública recorrer ao tribunal do lugar da residência habitual do credor de alimentos, de acordo com o art. 3º al. b), numa ação de regresso contra o devedor de alimentos relativa ao crédito de alimentos que lhe foi transmitido por sub-rogação legal, em resultado da atribuição de assistência social.

16. A questão levantou-se porque, antes da existência do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares, a determinação do tribunal competente para julgar estas questões era feita, primeiro, segundo o art. 5º, n.º 2, da Convenção de Bruxelas, de 1968, relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Convenção de Bruxelas) e, posteriormente, quando surgiu o Regulamento n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Regulamento Bruxelas I) pelo seu art. 5º, n.º 2. Ambas as normas, entre outros fatores de jurisdição, atribuíam competência ao tribunal da residência habitual do credor de alimentos. Tendo sido chamado a interpretar o art. 5º, n.º 2, da Convenção de Bruxelas no caso *Freistaat Bayern e Jan Blijdenstein*, o TJUE limitou a possibilidade de invocar este foro apenas àquelas situações em que o credor de alimentos era pessoalmente o demandante<sup>4</sup>. Vários foram os argumentos utilizados pelo Tribunal. Em primeiro lugar, foi considerado que o art. 5º, n.º 2, era uma exceção à regra geral que atribuíam competência ao tribunal do domicílio do réu, devendo, por isso, ter

<sup>2</sup> Para mais desenvolvimento, v. L. WALKER, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford and Portland, Bloomsbury, 2015, p. 55; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, em A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Coord.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 17ª Ed., Granada, Editorial Comares, 2017, p. 661.

<sup>3</sup> Para mais desenvolvimento, v. L. WALKER, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Cit., p. 55; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, Cit., p. 662.

<sup>4</sup> STJCE 15 de janeiro de 2004, C-433/01, *Freistaat Bayern e Jan Blijdenstein*, 2004, ECLI:EU:C:2004:21, §28.

uma interpretação restritiva<sup>5</sup>. Em segundo lugar, o Tribunal olhou para a *ratio* do art. 5º, n.º 2, enquanto norma que estabelecia uma competência alternativa à regra geral, justificando este *forum actoris* como visando um objetivo de proteção do credor de alimentos, enquanto parte mais fraca, já que este seria, em princípio, o requerente de alimentos<sup>6</sup>. Ora, estando em causa um organismo público que propõe uma ação de regresso, considerou o Tribunal que este não estaria numa posição de inferioridade em relação ao devedor, e o credor de alimentos, tendo já a sua situação acautelada, também já não estaria numa posição precária<sup>7</sup>, não se justificando que aquele organismo público pudesse recorrer ao art. 5º, n.º 2. Esta ideia de que a jurisdição da residência habitual do credor de alimentos como tendo como objetivo a proteção do mesmo enquanto parte mais fraca quando este é o requerente já resultava de outras decisões e continuou a ser sublinhada posteriormente pelo Tribunal<sup>8</sup>. Em terceiro lugar, foi considerado que o tribunal do domicílio do demandado (regra geral do art. 2º) era o foro que estava melhor localizado para apurar os recursos financeiros daquele<sup>9 10</sup>.

**17.** Aquando do surgimento do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares, o TJUE adotou a posição que a interpretação das normas de competência internacional deste Regulamento deveria tomar em consideração a jurisprudência deste Tribunal relativas às disposições legais presentes na Convenção de Bruxelas e no Regulamento Bruxelas I<sup>11</sup>.

**18.** No acórdão que estamos a analisar, o TJUE é chamado a interpretar o fator de competência residência habitual do credor de alimentos agora no sistema do Regulamento Sobre Obrigações Alimentares, tendo decidido inverter a sua jurisprudência. No caso *Wv contra Landkreis Hamburg*, o Tribunal decide que a entidade pública que propõe uma ação de regresso contra um devedor de alimentos para a cobrança de um crédito pago a título de alimentos a um credor de alimentos, em sub-rogação destes direitos, pode recorrer ao art. 3º, al. b) e propor a ação no tribunal da residência habitual daquele credor. Para justificar esta opção, o Tribunal utiliza vários argumentos que passamos a analisar.

**19.** Desde logo, interpretando o art. 3º de acordo com a sua redação, as suas finalidades e o sistema em que se insere, o Tribunal afirma que a redação do art. 3º, ao contrário do que sucedia na Convenção de Bruxelas, não apresenta uma regra geral e uma exceção, que justifique uma interpretação restritiva<sup>12</sup>. Pelo contrário, encontramos nesta norma fatores de jurisdição alternativos e o autor da ação pode optar por qualquer um deles. De facto, analisando a redação da norma, encontramos fatores de competência alternativos, sem existir qualquer hierarquia entre os mesmos.

**20.** Outro argumento relacionado com a redação da norma prende-se com o facto de esta não reservar o recurso à al. a) ou b) do art. 3º ao próprio credor de alimentos<sup>13</sup>. É incontornável que a redação da norma não se pronuncia sobre esta questão, o que implica a necessidade de recorrermos aos objetivos e a uma interpretação sistemática da norma para resolvermos a questão.

**21.** Ora, neste seguimento, considerou o Tribunal que tanto os objetivos e o sistema do Regulamento não se opunham a que uma entidade pública nas circunstâncias decididas no caso pudesse

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*, § 25.

<sup>6</sup> *Idem, ibidem*, §29.

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*, §30.

<sup>8</sup> STJCE, 20 de Março de 1997, C-295/95, *Jackie Farrell e James Long*, Rec 1997 I-01683, §19; STJCE 18 dezembro 2014, C-400/13, C-408/13, *Sophia Marie Nicole Sanders*, representada por Marianne Sanders, contra David Verhaegen, e *Barbara Huber contra Manfred Huber*, 2014, ECLI:EU:C:2014:2461, § 28.

<sup>9</sup> STJCE 15 de Janeiro de 2004, C-433/01, *Freistaat Bayern e Jan Blijdenstein*, 2004, ECLI:EU:C:2004:21, §31.

<sup>10</sup> Sobre os beneficiários desta opção e as críticas da doutrina à interpretação restritiva do TJUE, V. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5e Ed., Paris, LGDJ, 2015, p. 263-264, incluindo o facto desta interpretação restritiva não se coadunar com as normas de sub-rogação e cessão de créditos da maioria dos Estados-Membros.

<sup>11</sup> STJCE 18 dezembro 2014, *Sophia Marie Nicole Sanders*, Cit., § 23.

<sup>12</sup> STJCE 17 setembro 2020, C-540/19, *Wv contra Landkreis Hamburg*, 2020, ECLI:EU:C:2020:732, §28-29.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, §31.

recorrer ao tribunal do credor de alimentos. No plano dos objetivos do Regulamento, o TJUE chamou à colação o princípio de proximidade entre o tribunal e o credor de alimentos e o objetivo de facilitar a cobrança internacional de alimentos (presente do considerando 45 do Regulamento)<sup>14</sup>. Não podemos deixar de concordar<sup>15</sup>, sobretudo tendo em consideração este último objetivo, que não permitir que a referida entidade pública recorresse à al. b), do art. 3º, acarretaria que esta ficaria limitada ao tribunal da residência habitual do devedor de alimentos. Isto implicaria, regra geral, propor uma ação no estrangeiro com as dificuldades e custos resultantes. Quando aquela residência se situasse num Estado terceiro, a ação teria que ser proposta nesse Estado terceiro, com todos os problemas daí resultantes, pondo em causa o objetivo do Regulamento de facilitar a cobrança internacional de alimentos. Além de outros obstáculos<sup>16</sup>, a decisão final já não seria reconhecida e executada ao abrigo do sistema automático do Regulamento sobre Obrigações Alimentares.

**22.** Outro argumento utilizado baseou-se no princípio da boa administração da justiça e no interesse processual das partes, devendo estas ter um acesso facilitado à justiça, através de regras de competência previsíveis. Em primeiro lugar, foi considerado que a previsibilidade das regras de competência internacional estavam salvaguardadas uma vez que o devedor de alimentos deve esperar ser demandado quer no foro da sua residência habitual, quer no foro da residência habitual do credor<sup>17</sup>. Em segundo lugar, o facto de uma entidade pública sub-rogada nos direitos do credor de alimentos poder recorrer ao art. 3º, al. b) foi considerado como respeitando uma interpretação sistemática do Regulamento<sup>18</sup>. Não podemos deixar de concordar com este raciocínio. Se é verdade que o art., 2º, n.º 2 (10) estabelece que credor de alimentos para efeitos do regulamento é qualquer pessoa singular à qual são devidos ou se alega serem devidos alimentos, o considerando 14 estabelece que para efeitos de reconhecimento e execução de decisões em matéria de obrigações alimentares, credor inclui «(...) os organismos públicos habilitados a atuar em nome de uma pessoa a quem sejam devidos alimentos ou a solicitar o reembolso das prestações fornecidas ao credor a título de alimentos (...)». Será o caso dos fundos de garantia que existam nos Estados-Membros. O art. 64º concretiza este considerando no seu n.º 1, equiparando os fundos de garantia de alimentos ao credor para efeitos de um pedido de reconhecimento e de declaração de força executória ou de execução de decisões, e no seu n.º 3, onde se estabelece inclusive na al. a) que uma entidade pública em sub-rogação dos direitos de alimentos do credor pode requerer o reconhecimento e a declaração de força executória ou a execução de uma decisão proferida contra um devedor numa ação de regresso de prestações fornecidas em lugar de alimentos. Ora, considerou o Tribunal, de forma correta em nossa opinião, que esta alínea do art. 64º, n.º 3, implica que a referida entidade pública tenha podido recorrer ao tribunal referido na al. b) do art. 3º para este adotar uma decisão nos termos do art. 2º, n.º 1 (1)<sup>19</sup>.

**23.** O último argumento utilizado pelo Tribunal residiu na coerência com o Protocolo da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares (Protocolo da Haia), aplicável por força do art. 15º do Regulamento. O art. 3º do Protocolo de Haia manda aplicar às obrigações alimentares a lei da residência habitual do credor de alimentos. Da mesma forma o art. 10º do Protocolo estabelece que o direito de reembolso de um organismo público em resultado de uma prestação dada ao credor de alimentos resulta da lei que regula esse organismo público, o que é reiterado pelo art. 64º, n.º 2 do Regulamento. Desta forma, como na maioria dos casos a lei que rege os referidos organismos públicos é aquela onde se situa a residência habitual do credor de alimentos, esta posição permite a coincidência entre o tribunal competente e a lei aplicável<sup>20</sup>. Não podemos deixar de reconhecer que a coincidência *forum/ius* facilita a resolução do litígio.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*, §33.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, §35.

<sup>16</sup> Com referência a estes obstáculos v. Conclusões do Advogado-geral Manuel Campos SÁNCHEZ-BORDON, apresentadas em 18 de junho de 2020, C-540/19, ECLI:EU:C:2020:484, §42.

<sup>17</sup> TJUE 17 setembro 2020, C-540/19, *Wv contra Landkreis Hamburg*, Cit., §38.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*, §39-42.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, §41-42.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, §43.

**24.** Adicionamos aos referidos argumentos do Tribunal, que esta interpretação protege o credor, um dos objetivos do art. 3º, al. b), na medida em que o devedor terá um incentivo para cumprir as suas obrigações<sup>21</sup>. Ou seja, é uma interpretação que não vai beneficiar a parte incumpridora. É uma interpretação que, razoavelmente, protege também os fundos de garantia dos Estados-Membros. Estes concedem prestações de alimentos para assegurar um rendimento de sobrevivência aos credores de alimentos que são abandonados por aqueles que têm o dever de cuidar destes, mas, posteriormente, até por uma questão de sustentabilidade financeira, estes organismos públicos precisam de recuperar as prestações pagas, com alguma celeridade. Seria um contrassenso dificultar-lhes o direito de reembolso, limitando o foro a que podem recorrer à residência habitual do devedor, empurrando-os para litígios sistemáticos em país estrangeiro, com os obstáculos, custos e onerosidade daí resultante. Esta situação seria mais grave, quando a residência habitual do devedor se situasse num Estado terceiro. Estas dificuldades poderiam desencorajar estas entidades a tentar recuperar as prestações pagas, sobretudo quando os valores fossem reduzidos, e *in extremis* pôr em causa o pagamento destas prestações de alimentos. O argumento de que o credor de alimentos já não está numa posição de inferioridade, porque a sua situação foi acautelada pela intervenção do fundo de garantia<sup>22</sup>, não nos parece que deva colher. Não está numa posição de inferioridade, porque o fundo de garantia interveio em lugar de quem estava obrigado a fazê-lo. Logo, a intervenção do fundo de garantia deve ser valorizada e a sua posição salvaguardada, não se justificando a proteção do devedor de alimentos que não cumpriu a sua obrigação. Adicionalmente, as razões de justiça e o objetivo de facilitar a cobrança internacional de alimentos, presentes na opção legislativa dos fatores de competência alternativa do art. 3º, mantêm-se quer o requerente seja o credor, quer seja um organismo público em sub-rogação dos direitos do credor pedindo o reembolso pelas prestações pagas a título de direito de alimentos.

**25.** Tendo em consideração o exposto, a inversão da jurisprudência do TJUE no caso *Wv contra Landkreis Hamburg*, no sentido de uma entidade pública recorrer ao tribunal do lugar da residência habitual do credor de alimentos, de acordo com o art. 3º al. b), numa ação de regresso contra o devedor de alimentos relativa ao crédito de alimentos que lhe foi transmitido por sub-rogação legal, parece-nos configurar uma interpretação teleológica, de acordo com os objetivos da norma e do Regulamento, e uma interpretação sistemática, tendo em consideração outras normas do Regulamento e do Protocolo de Haia. Assim, não podemos deixar de elogiar a posição do TJUE, por concluir que a estrutura e sistema do Regulamento sobre Obrigações Alimentares, na questão apreciada, não permitem manter a continuidade interpretativa com a jurisprudência anteriormente elaborada para efeitos do Regulamento Bruxelas I.

<sup>21</sup> Também com este argumento v. Conclusões do Advogado-geral Manuel Campos SÁNCHEZ-BORDON, apresentadas em 18 de junho de 2020, C-540/19, ECLI:EU:C:2020:484, §58.

<sup>22</sup> Utilizado pelo STJCE no caso *Freistaat Bayern e Jan Blijdenstein* como referido *supra*.

# SENTENCIA DE DIVORCIO MARROQUÍ, RECONOCIMIENTO Y COSA JUZGADA. COMENTARIO AL AUTO AP DE BARCELONA 1 DE JULIO 2020

## MOROCCAN DIVORCE JUDGMENT, RECOGNITION AND *RES JUDICATA*. COMMENTARY ON THE ORDER OF THE BARCELONA PROVINCIAL COURT OF JULY 1, 2020

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ

*Abogada del Ilustre colegio de Abogados de Murcia*

Recibido: 02.12.2020 / Aceptado: 21.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6020>

**Resumen:** Este trabajo tiene por objeto el análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de julio de 2019 que resuelve sobre una cuestión recurrente en Derecho Internacional Privado: la relación existente entre las resoluciones judiciales extranjeras y la institución de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico español. Un juzgado de primera instancia español archivó una demanda de divorcio interpuesta por uno de los cónyuges al entender que concurría la excepción de cosa juzgada, pues existía una sentencia de divorcio previa dictada por el Tribunal de apelación de Tánger (Marruecos). En su auto de 1 julio de 2019, la Audiencia Provincial de Barcelona revoca con acierto la resolución judicial de primera instancia al considerar que no existe cosa juzgada puesto que la sentencia marroquí no ha ganado su previo reconocimiento en España a través de los instrumentos normativos de Derecho Internacional Privado vigentes para España.

**Palabras clave:** Sentencia extranjera en otro Estado, reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, cosa juzgada.

**Abstract:** The object of this study is to analyze the Order of the Provincial Court of Barcelona of July 1, 2019 that resolves on a recurring question in Private International Law: the relationship between foreign judicial decisions and the institution of *res judicata* in the Spanish legal system. A Spanish court of first instance filed a divorce claim filed by one of the spouses on understanding that the exception of *res judicata* was present, as there was a prior divorce judgment by the Court of Appeal of Tangier (Morocco). In its order of July 1, 2019, the Provincial Court of Barcelona rightly revokes the court decision of first instance considering that there is no *res judicata* since the Moroccan judgment has not gained its prior recognition in Spain through the normative instruments of Private International Law in force for Spain.

**Keywords:** Foreign judgment in another State, recognition of foreign judicial decisions, *res judicata*.

**Sumario:** I. Antecedentes. La sentencia de divorcio marroquí y el posterior procedimiento de divorcio seguido en España. II. Marco normativo para determinar los efectos jurídicos de la sentencia extranjera. La imprescindible presencia del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997: 1. La cuestión del régimen jurídico aplicable en el supuesto analizado. 2. El régimen jurídico aplicable a las sentencias de divorcio dictadas por tribunales marroquíes. III.- La sentencia del Tribunal de apelación de Tánger y su aportación al nuevo procedimiento de divorcio en España. Dimensión de la cosa juzgada de una resolución judicial extranjera que no ha obtenido el reconoci-

miento: 1. Un mundo dividido en Estados: la territorialidad de los efectos legales de las sentencias judiciales. 2. El imprescindible reconocimiento en España de los efectos jurídicos de la sentencia de divorcio del Tribunal de Apelación de Tánger. IV. Conclusiones finales. Sentencia extranjera, reconocimiento y cosa juzgada: una relación triangular perfecta.

## I. Antecedentes. La sentencia de divorcio marroquí y el posterior procedimiento de divorcio seguido en España

1. Ocurre con frecuencia que una persona casada, cuyo matrimonio ha sido disuelto por sentencia de divorcio dictada por un tribunal extranjero, vuelve a plantear un nuevo y posterior proceso judicial de divorcio en España, ante los juzgados españoles. Las causas de esta doble petición de divorcio ante tribunales de Estados diferentes pueden deberse a múltiples factores y de diversa índole. La más común puede encontrarse en las expectativas de uno de los cónyuges, -el que inicia el segundo procedimiento de divorcio-, que persigue obtener una nueva resolución judicial más favorable a sus intereses que la primera, ya sean estos intereses personales, intereses relativos a los hijos menores del matrimonio o incluso a las medidas económicas que han de regir tras producirse la crisis matrimonial. El matrimonio es una institución jurídica compleja. Una de las razones de dicha complejidad radica en que su contenido varía y difiere enormemente en cada país del mundo según las circunstancias culturales de cada sociedad y territorio. Por ello, las consecuencias jurídicas del divorcio, así como las medidas que se adopten en el procedimiento judicial encaminado a la disolución del vínculo matrimonial, pueden variar según el país donde esta se solicite<sup>1</sup>.

2. En el caso presente, un matrimonio formado por marido y su esposa obtuvo una sentencia de divorcio dictada el 4 de octubre de 2018 por el Tribunal de Apelación de Tánger (Marruecos). Más tarde, la esposa planteó un nuevo procedimiento de divorcio ante un juzgado de primera instancia español y el esposo contraatacó en su escrito de contestación a la demanda con la alegación de la existencia de cosa juzgada. A tal efecto, acompañó copia de la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Tánger. La sentencia de divorcio marroquí, además de declarar el divorcio del matrimonio contraído por los cónyuges, fijaba a cargo del padre el abono de determinadas pensiones alimenticias a las dos hijas nacidas bajo el vínculo matrimonial.

La alegación de cosa juzgada deducida por el esposo prosperó ante el juzgado de primera instancia español. Este, en consecuencia, procedió a acordar el archivo de la demanda presentada por la esposa ante la jurisdicción española. En síntesis, el juzgado de primera instancia español entendió que existía cosa juzgada puesto que se había dictado una sentencia judicial previa que era firme -la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Apelación de Tánger- y apreció que el ulterior proceso de divorcio suscitado por la esposa ante los juzgados españoles tenía idéntico objeto al fallado en la sentencia de divorcio marroquí.

3. No conforme con dicha decisión, la esposa interpuso frente a la misma recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Mediante auto de fecha 1 de julio de 2020, la Audiencia Provincial estimó dicho recurso<sup>2</sup>. Consideró la audiencia que la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Apelación de Tánger no produce en España efecto de cosa juzgada material puesto que no ha obtenido el *exequatur*, requisito éste imprescindible de conformidad con el Título III del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997<sup>3</sup>. En consecuencia, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona revoca la resolución dictada en primera instancia en el sentido de que se continúe adelante

<sup>1</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El concepto de matrimonio en el tiempo y en el espacio. En busca de la esencia de las instituciones jurídicas. El caso *Hyde vs. Hyde 1866*» en <http://accursio.com/blog/>, 25-07-2020.

<sup>2</sup> AAP Barcelona 1 julio 2020 [ECLI: ES:APB:2020:5475A] y [CENDOJ 08019370182020200213].

<sup>3</sup> Convenio de Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 151, de 25 julio 1997). Un análisis del mismo puede verse en M. MOYA ESCUDERO / H. ZEKRI, "Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos", *REDI*, 1997-II, pp. 369-376.

con la tramitación del procedimiento de divorcio hasta su conclusión por resolución definitiva en cuando al fondo de las pretensiones ejercitadas por la esposa.

4. La Audiencia Provincial de Barcelona aborda en los fundamentos jurídicos del dictado auto, diversas cuestiones de Derecho internacional privado que se plantean con frecuencia en la práctica judicial española, como la eficacia extraterritorial de las sentencias judiciales extranjeras en España y el alcance de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico español en relación con sentencias dictadas por tribunales de otros países. Junto a estas cuestiones, también es objeto de este estudio la precisión de los instrumentos normativos de Derecho Internacional Privado con los que cuenta el operador jurídico español para resolver el intrincado dilema de la circulación de sentencias judiciales de otros países en un mundo que, aunque cada día se encuentra más globalizado, sigue presidido, básicamente, y en cuanto a la eficacia legal de las sentencias judiciales de cada Estado, por una regla de estricta territorialidad. En efecto, el mundo está dividido en Estados y las decisiones judiciales sólo surten efectos jurídicos, en principio, en el territorio del Estado cuyos tribunales las han dictado<sup>4</sup>.

## II. Marco normativo para determinar los efectos jurídicos de la sentencia extranjera. La imprescindible presencia del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997

### 1. La cuestión del régimen jurídico aplicable en el supuesto analizado

5. De vital importancia resulta atender, en primer lugar, al marco jurídico normativo en el que deben contextualizarse los efectos jurídicos en España de una sentencia judicial dictada por un tercer Estado. Es el caso de la sentencia de divorcio del Tribunal de Apelación de Tánger que se pretendió hacer valer en España.

6. En este sentido, sorprende que la resolución de primera instancia tenga como fundamento jurídico para la estimación de la excepción de cosa juzgada lo dispuesto en el art. 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>5</sup>, puesto en relación con el contenido del art. 39 de la Ley 29/2015<sup>6</sup>, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Así, el juez de primera instancia español

<sup>4</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 820-826.

<sup>5</sup> Artículo 222.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000): “1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”.

<sup>6</sup> Artículo 39 Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE núm.182, de 31/07/2015): “1. Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española para ese caso concreto; b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España; c) Y que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia.

2. Los órganos jurisdiccionales españoles podrán acordar la continuación del proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquier de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia; b) Que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado sea suspendido o haya sido sobreseído; c) Que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable; d) Que se considere necesaria la continuación del proceso para la buena administración de justicia; e) Que se entienda que la sentencia definitiva que eventualmente pueda llegar a dictarse no será susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en España.

3. El órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones si el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España”.

aplica, por un lado, un precepto de la Ley rituarial española que es atribuible a la cosa juzgada de sentencias firmes dictadas por órganos jurisdiccionales españoles. Sin embargo, seguidamente, el juzgador relaciona la cosa juzgada con un precepto de la LCJIMC (art. 39) que se refiere a los supuestos de litispendencia internacional. Es decir, relaciona el supuesto de hecho con aquellos casos en los que un juez español podrá suspender la tramitación de un procedimiento nada más ser interpuesta demanda cuando le conste la existencia de un procedimiento con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes y seguido ante los tribunales de un Estado extranjero. Como dice el título de un famoso *film*, el juzgador español cometió dos errores. El primero fue confundir dos instituciones jurídicas: cosa juzgada y litispendencia internacional. El segundo consistió en obviar por completo la normativa de aplicación correcta: el Convenio bilateral de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997<sup>7</sup>.

7. La Audiencia Provincial de Barcelona, al dar respuesta al recurso de apelación presentado, argumenta con acierto que no se trata el asunto enjuiciado de un supuesto de litispendencia internacional. Además, determina que el régimen jurídico que debe ser aplicado a la sentencia marroquí de divorcio de los cónyuges es el establecido en el citado Convenio hispano-marroquí de 1997. En teoría, estos convenios bilaterales que regulan el reconocimiento y la ejecución de sentencias se han concluido para facilitar la libre circulación de decisiones judiciales entre los Estados firmantes. Explica M.A. AMORES CONRADI, que los convenios bilaterales exigen que el proceso haya cumplido, en el Estado de origen, con ciertos requisitos necesarios para un proceso justo, de modo que una vez que se comprueba que tales requisitos han sido respetados, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en el otro Estado se simplifica y se agiliza<sup>8</sup>.

8. No obstante, la Audiencia Provincial de Barcelona deja un cabo sin atar, porque en la resolución aquí analizada no aclara cuáles son los instrumentos legales –internacionales o internos– a considerar para que una sentencia judicial extranjera surta o no surta efectos jurídicos en España. Como tampoco deja claro la Audiencia por qué aplica, –con acierto–, al supuesto de hecho planteado el Convenio hispano-marroquí con preferencia a la Ley 29/2015, de 30 de julio.

## 2. El régimen jurídico aplicable a las sentencias de divorcio dictadas por tribunales marroquíes.

9. Otras Audiencias Provinciales españolas han abordado con acierto el régimen jurídico aplicable a los efectos legales, en España, de una resolución dictada por un tribunal marroquí. Tal es el caso, a título de ejemplo, del auto de la Audiencia Provincial de Girona de 8 octubre 2019 dictado en el marco de un procedimiento de *exequatur* solicitado en España en relación con dos resoluciones pronunciadas por un tribunal de primera instancia de Nador (Marruecos)<sup>9</sup>. La Audiencia Provincial de Girona razona con destreza en su resolución que según lo dispuesto en el art. 2 de la LCJIMC “*ante todo, debe estarse a los convenios y tratados internacionales, por lo que si la cooperación internacional entre España y Marruecos se regula por un convenio entre ambos estados, deberá estarse al mismo*”. Para terminar, concluye que “*la norma aplicable es el Convenio de cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y Marruecos, sin perjuicio de que dicho convenio pueda interpretarse favorablemente asegurando una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares y de acuerdo con los principios de flexibilidad y coordinación, pero sin que ello permita omitir dos principios esenciales, que la sentencia o resolución sea firme para poder ser reconocida y que no se haya producido indefensión al demandado*”

<sup>7</sup> 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 mayo 1997 (BOE núm.151 de 25 junio 1997).

<sup>8</sup> M.A. AMORES CONRADI, “Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Ed.Tecnos, 1995, pp. 267-316.

<sup>9</sup> AAP Girona 8 octubre 2019 [ECLI: ES:APGI:2019:1045A] y [CENDOJ:17079370012019200223].

**10.** Y es que, en la práctica, varias situaciones son posibles a la hora de hacer valer una resolución judicial extranjera en España.

En primer lugar, puede tratarse de decisiones judiciales que provengan de órganos jurisdiccionales de Estados miembros de la UE a las que son de aplicación instrumentos legales europeos vigentes.

En segundo lugar, puede suceder que la decisión judicial haya sido dictada por órganos jurisdiccionales de terceros Estados no miembros de la UE.

En tercer lugar, podrían solicitarse los efectos jurídicos en España de una decisión judicial dictada por tribunales de un Estado miembro de la UE en un sector en el que no existen instrumentos legales europeos vigentes que regulen su reconocimiento y ejecución<sup>10</sup>.

En este contexto, y en cuanto a las decisiones judiciales que proceden de Estados no miembros de la UE, -como es el caso de Marruecos-, existe en Derecho español un instrumento internacional vigente: el Convenio bilateral hispano-marroquí de 1997. Dicho convenio internacional bilateral debe aplicarse con carácter preferente a las normas de producción internas del ordenamiento jurídico español<sup>11</sup>. Ello es así porque los tratados internacionales válidamente celebrados forman parte del ordenamiento interno español desde su publicación oficial (art. 96.1 Constitución española) y porque la cooperación jurídica internacional española en materia civil y mercantil, se rige, según lo dispuesto en el art. 2 de la LCJIMC<sup>12</sup> 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 LCJIMC<sup>13</sup>. En suma, las normas contenidas en convenios internacionales de Derecho internacional privado prevalecen sobre las normas españolas de producción interna, como así lo indican el art. 96.1 CE 1978 y el art. 1.5 CC<sup>14</sup>.

**11.** Por tanto, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 julio 2020 que se examina, aunque no lo razona en su fundamentación jurídica, aplica correctamente el marco normativo recogido en el Convenio hispano-marroquí de 1997 a la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Apelación de Tánger y no el recogido en la LCJIMC, puesto que ésta última norma tiene carácter subsidiario. Sólo es aplicable, pues, en defecto de convenio bilateral vigente para España.

**12.** El convenio citado fue firmado entre España y Marruecos con el firme deseo de promover y reforzar las relaciones de cooperación judicial entre ambos países y bajo la premisa de que el establecimiento de un sistema de reconocimiento y de ejecución de resoluciones judiciales permitiría estimular la confianza recíproca en sus instituciones judiciales.

Así se refleja en su Título III, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos. De la lectura del art. 22 del Convenio de 1997 se colige que las resoluciones judiciales sobre divorcio se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material de dicho instrumento normativo al no tratarse el divorcio de una materia expresamente excluida en el apartado 2 de dicho precepto. Se contemplan en el art. 23 las condiciones para el reconocimiento y para la declaración de cosa juzgada de las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de alguno de los Estados contratantes; y en el art. 26 la comprobación de oficio por parte del tribunal requerido del cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha declaración, para lo que es necesario

---

<sup>10</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 820-826.

<sup>11</sup> El Convenio hispano-marroquí es el régimen jurídico en el que se contextualiza el Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 8 octubre 2019. *Vid.* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Exequátur de sentencia marroquí-Divorcio y alimentos: citación legal, firmeza y ejecución provisional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020-2, pp. 1199-1206.

<sup>12</sup> Artículo 9 Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE núm.182, de 31/07/2015): “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”.

<sup>13</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 820-826.

<sup>14</sup> Sobre el carácter subsidiario de la LCJIMC, veáse F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015-2, pp. 158-187.

adjuntar los documentos previstos en el art. 28. El procedimiento de *exequatur* se rige por la Ley del Estado requerido tal y como prevé el art. 25.

### III. La sentencia del Tribunal de apelación de Tánger y su aportación al nuevo procedimiento de divorcio en España. Dimensión de la cosa juzgada de una resolución judicial extranjera que no ha obtenido el reconocimiento.

#### 1. Un mundo dividido en Estados: la territorialidad de los efectos legales de las sentencias judiciales

13. Una vez superado el primer escalón normativo, relativo a la precisión del instrumento legal aplicable para que una sentencia extranjera surta efectos jurídicos en España, surge de manera natural la principal cuestión jurídica que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 julio 2020. El tribunal español debe aclarar si la sentencia marroquí dictada por el Tribunal de Apelación en Tánger podría surtir efectos de cosa juzgada en relación con el segundo procedimiento de divorcio instado por la esposa ante la jurisdicción española. De tal manera que, si la sentencia marroquí produce efectos de cosa juzgada, no sería posible continuar un nuevo procedimiento ante los tribunales españoles sobre una cuestión ya fallada por el tribunal extranjero. En caso contrario, es decir, si la sentencia marroquí no tiene autoridad de cosa juzgada en España, el nuevo procedimiento de divorcio planteado en España por la esposa seguiría su curso hasta ser dictada definitiva sentencia que resolviera sobre el fondo del asunto, por lo que podrían coexistir dos sentencias de divorcio dictadas por tribunales de diferentes Estados: la sentencia marroquí de divorcio, que vincula a las autoridades marroquíes, y la sentencia española de divorcio, que es efectiva en España.

14. Para dar respuesta a esta controvertida cuestión, debe arrancarse de un principio básico del Derecho internacional privado según el cual la potestad jurisdiccional es una manifestación de la “soberanía del Estado”, tal y como expone H. LINKE<sup>15</sup>. Ello significa que cada Estado dispone de “su” Poder Judicial, que tiene encomendado en exclusiva, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en “su” territorio<sup>16</sup>. Por tanto, las resoluciones dictadas por las autoridades de un Estado son eficaces sólo en el territorio de dicho Estado y no el territorio de “otros Estados”. Y sólo vinculan a las autoridades públicas del Estado cuyos tribunales la han dictado y no a autoridades de otros países, como remarca con frecuencia la jurisprudencia española<sup>17</sup>. En otras palabras, “el mundo está dividido en Estados y la eficacia legal de las sentencias judiciales es, como regla básica, estrictamente territorial”<sup>18</sup>.

Es por ello que, en el supuesto real objeto del presente análisis, la resolución judicial dictada por Tribunal de Apelación de Tánger sólo surte efectos legales y tan sólo vincula, en principio, a las autoridades estatales marroquíes y en el territorio de Marruecos.

15. Sin embargo, el sistema de “validez extraterritorial de decisiones” vigente en España arranca del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y ofrece normas que establecen el régimen jurídico exigido a las decisiones extranjeras para que puedan producir efectos jurídicos en España. Si se desean obtener efectos legales de una sentencia marroquí en el territorio español, como pretende el esposo frente al nuevo procedimiento de divorcio iniciado en España, se debe acudir a las autoridades del Estado español para que, en aplicación de sus propias normas de validez extraterritorial de decisiones, éstas

<sup>15</sup> H. LINKE / W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6ª ed., Köln, Schmidt, 2015, pp. 11-30.

<sup>16</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 820-826.

<sup>17</sup> *Vid.*, ad ex.: AAP Barcelona 16 noviembre 2012 [CENDOJ 08019370122012200268]; AAP Pontevedra 5 noviembre 2012 [CENDOJ 36057370062012200139].

<sup>18</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 820-826.

reconozcan en España la decisión judicial extranjera<sup>19</sup>. La competencia para el reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones extranjeras es una competencia exclusiva de los tribunales españoles, tal y como resulta del art. 22.e) de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

## 2. El imprescindible reconocimiento en España de los efectos jurídicos de la sentencia de divorcio del Tribunal de Apelación de Tánger

16. En este escenario de reconocimiento extraterritorial de decisiones extranjeras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que se examina termina por rechazar con acierto la excepción de cosa juzgada admitida en primera instancia. En efecto, lo cierto es que la sentencia marroquí de divorcio no ha sido previamente reconocida en España. Y sin reconocimiento de la resolución judicial extranjera esta no produce efecto de “cosa juzgada” en España. El reconocimiento de la sentencia extranjera en España ha de ser ganado a través de los mecanismos previstos en los convenios internacionales vigentes o, en su defecto, a través de los arts. 44-49 LCJIMC, cosa que no ha ocurrido en el supuesto examinado.

17. La Audiencia Provincial de Barcelona, con cita de resoluciones propias y en línea con lo manifestado por el Tribunal Supremo, determina con criterio incuestionable que *“la sentencia de divorcio pronunciada por un Tribunal extranjero no puede servir de fundamento a la excepción de cosa juzgada sin haber obtenido el “exequatur”, requisito imprescindible de conformidad con el Título II del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Renio de Marruecos de 30-05-97, el cual no se ha solicitado”*. Por ello, la Audiencia Provincial finalmente llega a un resultado correcto pues *“la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Apelación de Tánger no tiene carácter de cosa juzgada material.”*

18. Un nutrido número de sentencias de diferentes Audiencias Provinciales resuelve esta cuestión en el mismo sentido. Esto es, si una sentencia extranjera, por el motivo que sea, no ha sido reconocida en España nada puede hacerse para evitar que se plantee un nuevo procedimiento ante la jurisdicción española sobre la misma cuestión, siempre que los tribunales españoles dispongan de competencia internacional, porque no concurrirá “cosa juzgada”<sup>20</sup>. Dan buena cuenta de ello resoluciones como el AAP Barcelona 15 febrero 2019, la SAP La Rioja 4 mayo 2017 [sentencia ucraniana de divorcio] y el AAP Barcelona 30 diciembre 2014<sup>21</sup>. En el mismo sentido, y en diferentes áreas del Derecho, esto es, no sólo en relación con las sentencias extranjeras de divorcio, diversas resoluciones apuntan en la misma dirección: SAP Barcelona 13 enero 2012 (cosa juzgada internacional y fallecimiento de pasajero al caer al mar el vehículo cuando lo subían a un barco en Tánger); AAP Barcelona 14 octubre 2010; AAP Madrid 16 julio 2010; SAP Bizkaia 18 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges rumanos]; SAP Asturias 23 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges senegaleses y sentencia de divorcio senegalesa]; SAP Madrid 17 noviembre 2008 [sentencia coreana de divorcio sin *exequatur* que no detiene un nuevo juicio por divorcio en España]<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Vid. nota anterior.

<sup>20</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Sentencia extranjera y cosa juzgada : un sueño de primavera», <http://accursio.com/blog/>, 23-11-2019. También A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 820-840.

<sup>21</sup> AAP Barcelona 15 febrero 2019 [ECLI:ES:APB:2019:484A] y [CENDOJ 08019370182019200065]; SAP La Rioja 4 mayo 2017 [sentencia ucraniana de divorcio] [ECLI: ES:APLO:2017:126]; AAP Barcelona 30 diciembre 2014 [CENDOJ 08019370122014100774]; SAP Madrid 17 noviembre 2008 [sentencia coreana de divorcio sin *exequatur* que no detiene un nuevo juicio por divorcio en España] [CENDOJ 28079370222008100759].

<sup>22</sup> SAP Barcelona 13 enero 2012 (cosa juzgada internacional y fallecimiento de pasajero al caer al mar el vehículo cuando lo subían a un barco en Tánger) [CENDOJ 08019370162012100006]; AAP Barcelona 14 octubre 2010 (sentencia marroquí no exequaturizada en España), AAP Barcelona 14 octubre 2010 [CENDOJ 08019370182010200162]; AAP Madrid 16 julio 2010 [sentencia ecuatoriana de divorcio]; AAP Madrid 16 julio 2010 [CENDOJ 28079370222010200252]; SAP Bizkaia 18 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges rumanos] [CENDOJ 48020370042009100063]; SAP Asturias 23 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges senegaleses y sentencia de divorcio senegalesa] [CENDOJ 33024370072009100132].

**19.** En el presente caso, al estimar la Audiencia Provincial de Barcelona que no existe cosa juzgada por no haber sido reconocida en España la sentencia marroquí, ordena al juzgado de primera instancia seguir adelante con la tramitación del nuevo procedimiento de divorcio instado por la esposa, y ello hasta dictar definitiva sentencia sobre el fondo del asunto. Asiste nuevamente la razón a la Audiencia, que se desvincula así del criterio de otros tribunales españoles que han considerado erróneamente que, aunque es cierto que sin reconocimiento de la resolución extranjera no concurre “cosa juzgada” en España, no debe abrirse este nuevo proceso en España, sino que se debe acudir previamente al procedimiento de reconocimiento. Ejemplo de esta perspectiva incorrecta lo constituye el AAP de Cádiz 26 septiembre 2017 [*exequatur* de sentencia ecuatoriana] que determina que no puede tramitarse un nuevo juicio entre los litigantes hasta tanto no se haya obtenido el reconocimiento de la sentencia extranjera en España<sup>23</sup>. Criterio éste que, tal y como señala J. CARRASCOSA GONZÁLEZ no puede ser admitido porque coarta la tutela judicial efectiva y convierte al procedimiento de reconocimiento / *exequatur* en un procedimiento obligatorio, lo que no se ajusta a Derecho<sup>24</sup>. Este razonamiento presenta una lógica interna muy sólida: si una sentencia extranjera pudiera paralizar un nuevo proceso en España sin haber obtenido antes su reconocimiento ello significaría que una sentencia que no produce efectos legales en España, una sentencia injusta, es susceptible de impedir un proceso justo en España.

**20.** Por tanto, cuando haya sido dictada una resolución judicial extranjera, se abren dos caminos procesales al interesado en España. En uno de ellos, éste podrá instar el reconocimiento de la sentencia extranjera en España para hacerla valer en territorio español e incluso solicitar en un momento posterior su modificación. Sin embargo, en un segundo camino, el interesado también podrá obviar la existencia de la sentencia extranjera, es decir, no solicitar su reconocimiento en España, e iniciar un nuevo pleito que tenga idéntico objeto al ya ha resuelto por el tribunal extranjero.

**21.** En todo caso, si algo queda patente tras el estudio de esta y otras resoluciones similares, es la íntima relación existente entre la sentencia extranjera, su reconocimiento en España y los efectos de cosa juzgada de esa resolución procedente de otro Estado.

En efecto, el reconocimiento permite que una decisión extranjera despliegue en España el efecto de “cosa juzgada material”<sup>25</sup>. En primer lugar, la sentencia extranjera que haya ganado el reconocimiento en España, vincula a las autoridades españolas, que la tendrán en cuenta como si hubiese sido dictada por una autoridad española (función positiva de la cosa juzgada). En segundo lugar, la cosa juzgada ganada por una sentencia extranjera impedirá que se pueda volver a plantear el asunto ya resuelto por el tribunal extranjero ante las autoridades españolas (función negativa de la cosa juzgada)<sup>26</sup>. Ello, como dejó claro el clásico estudio de H. DE COCK, beneficia tanto al sujeto que obtuvo tutela jurídica de sus derechos como al contrario<sup>27</sup>.

**22.** En el caso analizado, ¿cómo podría haber sido obtenido el reconocimiento de la sentencia del Tribunal de apelación de Tánger, y así ganada la cosa juzgada de tal sentencia en España? En opinión de A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el Convenio hispano-marroquí de 1997 acoge un sistema de reconocimiento por homologación judicial, aunque con pésima técnica legislativa (art. 25). Por ello, es competente en España el juez de primera instancia para librar el reconocimiento y /o el *exequatur* de las sentencias marroquíes en España que estén cubiertas por el citado convenio bilateral<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> AAP Cádiz 26 septiembre 2017 [ECLI:ES:APCA:2017:875A].

<sup>24</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Sentencia extranjera y cosa juzgada: un sueño de primavera», <http://accursio.com/blog/23-11-2019>.

<sup>25</sup> Para un estudio más completo sobre la cosa juzgada en el Derecho español veáse J. ZARZALEJOS HERRERO, “Análisis comparado de la cosa juzgada en el Derecho inglés”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018-1, pp. 489-509.

<sup>26</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 830-836.

<sup>27</sup> H. DE COCK, “Effets et exécution des jugements étrangers”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1925, vol.10, pp. 389-477.

<sup>28</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 820-826.

Por ello, el demandado debía haber obtenido previamente este reconocimiento y *exequatur* en España a través del citado convenio hispano-marroquí. Con ello la sentencia marroquí habría quedado integrada en el orden jurídico español y habría producido efecto de cosa juzgada en España.

Corroborar esta perspectiva el AAP Tarragona 30 septiembre 2020 [sentencia de divorcio marroquí]<sup>29</sup>. Este auto destaca que 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 mayo 1997 recoge un sistema de reconocimiento por homologación, ya que su art. 24 exige que las resoluciones marroquíes hayan sido “*declaradas ejecutivas en el territorio del Estado requerido*” para que, posteriormente, puedan surtir efectos legales en España. En otras palabras, y pese a la dicción confusa e imprecisa del convenio citado, puede afirmarse que éste acoge un sistema de reconocimiento por homologación y no un reconocimiento incidental.

**23.** En cuanto a las condiciones para obtener el *exequatur*, el régimen jurídico aplicable es el establecido en el art. 23 del Convenio hispano-marroquí de 1997, cuyo texto se refiere expresamente a “condiciones” para alcanzar la autoridad de cosa juzgada, cabe decir que se concretan en las siguientes: 1) resolución emanada de órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país donde haya sido dictada; 2) citación de las partes en forma legal, representadas o declaradas rebeldes; 3) adquisición de cosa juzgada y carácter ejecutivo de la resolución extranjera conforme a la ley del Estado donde haya sido dictada; 4) resolución judicial extranjera que no contenga disposiciones o contrarias al orden público y a los principios de Dipr español; 5) sentencia extranjera que sea contraria a una resolución judicial dictada en España y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada; 6) no existencia de proceso pendiente 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.

**24.** Por comparación, distinto sistema de reconocimiento y *exequatur* es el seguido en la Ley 29/2015 LCJIMC. En esta ley no se exige la superación de unas “condiciones” concretas para que la sentencia extranjera surta efectos legales en España, sino que la idea que subyace en la indicada norma de producción interna es que la sentencia extranjera obtiene el reconocimiento / ejecución en España “salvo que concurra algún motivo concreto y específicamente recogido en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (art. 46)<sup>30</sup> que autorice su rechazo”<sup>31</sup>.

**25.** En cuanto al procedimiento para obtener el reconocimiento de la sentencia marroquí, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de julio de 2020 se remite con toda razón a los trámites previstos en la LCJIMC para el reconocimiento de resoluciones extranjeras (art. 52 y ss)<sup>32</sup>. Bajo

<sup>29</sup> AAP Tarragona 30 septiembre 2020 [sentencia de divorcio marroquí] [ECLI:ES:APT:2020:1449A].

<sup>30</sup> Artículo 46 Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE núm.182, de 31/07/2015): “*Causas de denegación del reconocimiento.1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público.b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española; d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España; e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España; f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público.*”

<sup>31</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Exequátur de sentencia marroquí-Divorcio y alimentos: citación legal, firmeza y ejecución provisional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020-2, pp. 1199-1206.

<sup>32</sup> Sobre los trámites del procedimiento de *exequatur* de la LCJIMC, véase F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015-2, pp. 158-187.

la genérica denominación “Del procedimiento judicial de exequátur”, el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/2015 regula el procedimiento llamado de “exequatur”, que es aplicable tanto al reconocimiento (necesario para dotar de efectos procesales a la sentencia extranjera) como al *exequatur* (preciso para dotar de fuerza ejecutiva a la sentencia extranjera).

#### **IV. Conclusiones finales. Sentencia extranjera, reconocimiento y cosa juzgada: una relación triangular perfecta**

**26.** Dos son las conclusiones finales que se pueden extraer tras el análisis de este auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 julio 2020. La primera y principal reflexión es que sin reconocimiento no hay cosa juzgada de la sentencia judicial extranjera en España. Es por ello que se puede hablar de una perfecta relación triangular entre sentencia extranjera, reconocimiento y cosa juzgada. Tres protagonistas indiscutibles e imprescindibles de una historia que podría llevar por título «la eficacia jurídica de las decisiones judiciales extranjeras en España».

**27.** En efecto, en un mundo cada vez más globalizado y dinámico, la sentencia extranjera sigue siendo expresión de la soberanía de los Estados, porque la sentencia que emana del Poder Judicial de un concreto Estado sólo surte, en principio, efectos jurídicos en el territorio del país en el que ha sido dictada por sus tribunales.

**28.** El ciudadano que pretenda que una sentencia judicial despliegue efectos jurídicos plenos en otro Estado debe acudir al reconocimiento de dicha sentencia en ese otro Estado. En el supuesto de hecho estudiado, el reconocimiento previo de la sentencia sobre divorcio dictada por el Tribunal de Apelación de Tánger (Marruecos) era requisito imprescindible para invocar y hacer prosperar la excepción de cosa juzgada en el nuevo procedimiento de divorcio interpuesto en España. Sin reconocimiento en España de la sentencia marroquí no surte efecto de cosa juzgada en España.

Nada impide que cualquiera de las partes interesadas pueda plantear «*ex novo*» un nuevo procedimiento de divorcio en España y que se obtenga finalmente sentencia sobre el fondo del asunto. Y ello porque la sentencia extranjera no surte efecto alguno en España ni tiene autoridad de cosa juzgada si no ha ganado su previo reconocimiento.

**29.** La segunda reflexión derivada del estudio del auto de 1 julio 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona es la necesidad de aplicar correctamente los distintos instrumentos normativos de Derecho Internacional Privado al supuesto enjuiciado. El manejo de unos u otros instrumentos legales puede conducir a resultados diferentes, y lo que es más importante, la incorrecta aplicación de las normas del Derecho internacional privado español puede llevar a conclusiones erróneas.

En el presente caso, la Audiencia Provincial de Barcelona aplica acertadamente el Convenio bilateral de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997, instrumento que recoge un régimen jurídico propio de reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa entre los dos Estados contratantes.

Dicho convenio resulta de aplicación preferente a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la propia Ley. Y es en el Convenio donde se establecen las “condiciones” en virtud de las cuales una sentencia marroquí podrá adquirir autoridad de cosa juzgada, cuestión principal a dilucidar en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona.

NACIMIENTO EN EL SAHARA OCCIDENTAL DURANTE LA  
ETAPA COLONIAL Y CUESTIONES DE NACIONALIDAD  
(STS 207/2020 DE 29 DE MAYO. SALA DE LO CIVIL. PLENO)

BIRTH IN THE WESTERN SAHARA DURING THE COLONIAL  
PERIOD AND NATIONALITY ISSUES (JUDGMENT OF THE  
SUPREME COURT 207/2020, MAY 29. PLENARY CIVIL SECTION)

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

ORCID ID: 0000-0002-4574-341X

Recibido: 16.11.2020 / Aceptado: 14.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6021>

**Resumen:** Nacer en España o nacer en territorio español a los efectos de aplicación del artículo 17.1 c) del Código civil tiene trascendencia jurídica si el interesado nació en la ex colonia del Sahara antes del 26 de febrero de 1976, fecha en que España abandonara aquel territorio. La sentencia 207/2020, de 29 de mayo del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aborda, no sin ciertas dudas y con un Voto particular, la cuestión acerca de qué nacionalidad tenían los naturales del Sahara antes y después de la Ley 40/1975. Tomando la doctrina de la Sala 3ª TS en relación con la consideración de apátridas de algunos saharauis y confirmando la postura de la DGRN sobre las consecuencias del no ejercicio del derecho de opción conforme al RD 2258/76, el Pleno de la Sala de lo Civil ha perdido una excelente oportunidad de declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del citado RD de 1976. ¿Qué razones justifican el fallo? ¿Qué otros argumentos hubieran podido esgrimirse? Con este enfoque se aborda nuestro comentario.

**Palabras clave:** nacionalidad española de los saharauis y art. 17.1 c) C.c; ius soli y nacimiento en España; la noción política de territorio español y privación de la nacionalidad a los naturales de la provincia del Sahara.

**Abstract:** Being born in Spain or being born in the Spanish territory for the purposes of the application of article 17.1 c) of the Civil Code has legal significance if the person concerned was born in the former colony of the Sahara before February 26, 1976, the date on which Spain left that territory. The Judgment 207/2020 of 29 May of the Plenary of the Civil Chamber of the Supreme Court addresses, not without certain doubts and with an individual vote, the question of what nationality the natives of the Sahara had before and after Law 40/1975. Taking the doctrine of the 3rd SC in relation to the consideration of statelessness of some Saharans and confirming the position of the DGRN on the consequences of not exercising the right of option under RD 2258/76, the Plenary of the Civil Chamber has lost an excellent opportunity to declare the unconstitutionality of that RD of 1976. What reasons justify the ruling? What other arguments could have been used? This approach addresses our commentary.

**Keywords:** Spanish nationality of the Saharawis and Article 17.1 c) Civil Code; ius soli and birth in Spain; the political notion of Spanish territory and deprivation of nationality to the natives of the province of the Sahara.

**Sumario:** I. Resumen de los antecedentes y pretensiones de la demandante. II. Los elementos de la discusión jurídica: el RD 2258/1976 y la prolongación de sus efectos en el tiempo a los saharauis. 1. De la vinculación del territorio saharauí a España: elementos para una comprensión jurídico-política de este territorio colonial y su proyección sobre las normas de atribución *iure soli* de la nacionalidad española a los saharauis. 2. Posibilidad de una interpretación evolutiva, actual y constitucional del RD 2258/1976: su inaplicabilidad al supuesto de la STS 107/2020.

## I. Resumen de los antecedentes y pretensiones de la demandante

1. La STS 207/2020 de 29 de mayo<sup>1</sup> resuelve un recurso extraordinario de infracción procesal y un recurso de casación interpuesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2017 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Illes Balears en recurso de apelación dimanante de las actuaciones de juicio ordinario ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 14 de Palma de Mallorca, sobre nacionalidad.

2. La demandante, de origen saharauí y nacida en el Sahara Occidental en 1973 (es decir, antes del RD 2258/1976), entendía que le correspondía la nacionalidad española de origen por ser hija de españoles naturales también del Sahara Occidental y así lo solicitó ante el Registro civil de su domicilio (en Ibiza). El Encargado del Registro civil rechazó la petición. A partir de esta desestimación se inicia la vía judicial en demanda de nacionalidad ante los juzgados de primera instancia competentes, pleito que finaliza en casación ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS). En la sentencia de primera instancia la magistrada-juez desestimó la demanda de nacionalidad pues la solicitante no probaba ser hija de españoles (criterio del *ius sanguinis*), si bien valoró que *sería aplicable a la demandante el art. 17.1.c) C. civil*<sup>2</sup>. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Illes Balears estimó el recurso declarando el derecho de la demandante a la nacionalidad española de origen desde la fecha de su nacimiento, ordenando la inscripción en el Registro civil<sup>3</sup>. Como era de esperar, la DGRN se alzó ante el Tribunal Supremo articulando dos recursos con un único motivo cada uno: el extraordinario de revisión por infracción procesal y el recurso de casación<sup>4</sup>. En su Fallo, el Supremo desestimó el primero, pero admitió el segundo casando la sentencia recurrida y ordenando a la Audiencia Provincial de Illes Balears la desestimación de la demanda de nacionalidad<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Pleno. Sentencia 207/2020, de 29 de mayo. ECLI: ES:TS:2020:1240.

<sup>2</sup> Indicaba así la vía “apropiada” con sustento en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional sobre la situación de apátridas de los saharauis (SJPI núm. 14 de Palma de Mallorca, de 2 de diciembre de 2016). La pretensión de la demandante se desestimó acogiendo la tesis sostenida por la DGRN y el Juez Encargado del RC según la cual: “los nacidos en el territorio del Sáhara cuando este era posesión española no eran propiamente nacionales españoles, sino sólo súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española”. Sobre esta base, el Centro Directivo en la oposición a la demanda de nacionalidad recordaba, entre otros, que el RD 2258/1976, de 10 de agosto (BOE 20/11/1975), sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara, les permitió optar por la nacionalidad española en el plazo de un año (efectos de la opción: hasta el 29/9/1977).

<sup>3</sup> SAP Illes Balears de 26 de mayo de 2017. La sala hace una corrección de la sentencia de primera instancia y, aplicando el principio *iura novit curia*, estima la demanda con fundamento en el art. 17.1 c) C.c. Aunque el Ministerio Fiscal se opuso en un primer momento, en el acto del juicio interesó su estimación de la demanda con fundamento en dicho precepto: “Son españoles de origen: c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”. La cuestión de la apatridia de los saharauis en perspectiva histórica y la evolución de la jurisprudencia española para el reconocimiento del estatuto de apátrida de los saharauis no es objeto de este comentario, aunque no tenemos la menor duda de que ha condicionado la respuesta mayoritaria del Pleno de la Sala. En particular, merece atención el extenso trabajo de M.J. LÓPEZ BARONI, “Apátridas saharauis en España: Europa y su memoria”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 381-433, donde analiza la amplia casuística de la jurisprudencia española ante los casos particulares planteados.

<sup>4</sup> Mientras que el motivo de la infracción procesal lo fue por *incongruencia extra petita* (art. 218.1 LEC y art. 24 CE) el motivo de la casación lo fue por infracción del art. 17.1 c) C.c en la interpretación dada al mismo por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de 28 de octubre de 1988 (nº 617/1996).

<sup>5</sup> El Pleno examina el motivo alegado por la DGRN que se centra básicamente en dos ideas: (i) la doctrina de la Sala 1ª sobre la consideración del territorio español del Sahara occidental como territorio que “no forma parte del territorio nacional” y la tesis de la provincialización del territorio colonial (territorio no autónomo del Sahara) con similitudes en su administración

**3. Voto Particular.** La magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán redacta el Voto particular, con adhesión de dos magistrados más<sup>6</sup>. Este Voto expresa la discrepancia respetuosa frente a la opinión mayoritaria de la Sala, proponiendo otra interpretación, igualmente ajustada a Derecho, aunque recalca que la misma supondría “una innovación jurisprudencial”. En este sentido argumenta con sólido fundamento las razones que hubieran permitido estimar la demanda y declarar la nacionalidad española de la solicitante. La estructura del Voto particular se articula en torno a dos órdenes de consideraciones jurídicas:

- (1) las razones invocadas por la demandante: aplicabilidad del art. 17 del Código civil, en la redacción vigente en 1973, año de nacimiento de la solicitante, y la no aplicabilidad en el tiempo del RD 2258/1976 por contravenir sus efectos (privación de la nacionalidad) lo dispuesto en el artículo 11.2 CE (con argumentos que arrojan luz para el entendimiento de su inconstitucionalidad sobrevenida); y,
- (2) los fundamentos de la sentencia recurrida: no infracción de la doctrina de la Sala 1<sup>a</sup> TS en interpretación del art. 17.1 c) del C. civil y apoyo en la doctrina de la Sala 3<sup>a</sup> TS que, con fundamento en numerosas sentencias de tribunales inferiores, *ha corregido al Ministerio de Justicia* en el sentido de que el Sahara Occidental forma parte del territorio español a los efectos del vigente art. 22.2 a) Cc (nacimiento en España y adquisición por residencia de un año).

**4.** Este Voto particular revela la trascendencia jurídica de la cuestión debatida ante el Pleno de la Sala Primera, cuyos elementos examinaremos en las próximas líneas en torno a dos postulados: (i) aplicabilidad de las normas de atribución *iure soli* de la nacionalidad española a los nacidos en el Sahara antes de 1976. Tomaremos como elemento de reflexión la discusión teórica sobre la vinculación del territorio saharauí a España y la respuesta de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en aplicación de la adquisición por residencia del nacido en España; y (ii) una interpretación actual y constitucional del RD 2258/1976 que impida su aplicación por el Ministerio de Justicia (DGRN) cuando produzca como resultado la privación de la nacionalidad española a los nacidos en el Sahara occidental antes de la descolonización en las circunstancias como las concurrentes en la solicitante. Tomaremos como elemento de reflexión los derechos políticos reconocidos a los saharauis durante la etapa de “provincialización” y el reconocimiento documental de su vinculación a España mediante documentos de identidad españoles y como elemento de contraste la no aplicación del mencionado RD si diera como resultado de la privación de la nacionalidad española.

## **II. Los elementos de la discusión jurídica: el RD 2258/1976 y la prolongación en el tiempo de sus efectos sobre las normas de atribución *iure soli* y de privación de la nacionalidad española a los saharauis**

### **1. De la vinculación del territorio saharauí a España: elementos para una comprensión jurídico-política y su proyección sobre las normas de atribución *iure soli* de la nacionalidad española a los saharauis.**

**5.** Recordemos que la solicitante había nacido en 1973 en el territorio del Sahara Occidental y que sus progenitores también habían nacido en dicho territorio. La primera pregunta directa consiste en saber si tenía o no la nacionalidad española. Es sabido que para la determinación de si una persona es o fue español ha de estarse a las normas sobre nacionalidad vigentes en el momento de su nacimiento

---

al de la provincia “y que nunca ha formado parte del territorio nacional” (Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Shara); y (ii) como consecuencia lógica de lo anterior, la no aplicación a la solicitante del criterio del *iure soli* en los términos del art. 17.1 c) C. civil).

<sup>6</sup> Que formula la magistrada Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, y al que se adhieren los magistrados Sres. D. Antonio Salas Carceller y D. Rafael Sarazá Jimena.

tanto las propias como las de los progenitores<sup>7</sup>. La solicitante, en el expediente gubernativo promovido en 2009, solicitó la nacionalidad española por aplicación de la doctrina relativa a la consolidación de la nacionalidad española en los términos de la STS de 28 de octubre de 1998<sup>8</sup>.

6. Denegada la petición por no concurrir en la solicitante los requisitos de la citada doctrina del alto tribunal, en concreto, no haber ejercido el derecho de opción en los términos establecidos en el RD 2258/1976, de 10 de agosto, la solicitante recurre ante la DGRN que resuelve en igual sentido desestimatorio con apoyo en su propia doctrina sobre el no reconocimiento de la nacionalidad española a los nacidos en el territorio del Sahara cuando este era posesión española. Por su relevancia en la discusión doctrinal, se reproduce el argumento de la DGRN:

- (i) que «los nacidos en el territorio del Sahara cuando este era posesión española no eran propiamente nacionales españoles, sino sólo súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española», lo que explicaba que se les permitiera optar por la nacionalidad española en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del RD 2258/1976; (ii) que esto era debido a que, pese a tratarse de un tema controvertido (pues se llegó a considerar provincia española), el territorio del Sahara Occidental no formó parte del territorio nacional; y (iii) que no era aplicable la sentencia de esta sala de 28 de octubre de 1998 porque «en este caso la interesada no ha acreditado que cuando estuvo en vigor el real decreto de 1976 sus representantes legales -dada su minoría de edad en aquel momento- estuviesen imposibilitados de facto para optar a la nacionalidad española por haber permanecido en los territorios ocupados; antes al contrario, manifiesta que abandonaron dichos territorios en dirección a los campamentos de refugiados saharauis», y porque «no consta el título inscrito en el Registro Civil y no está probada la posesión de la nacionalidad española en los términos y duración que establece el artículo 18 CC, siendo incluso la recurrente titular de un pasaporte argelino».

7. El “tema controvertido” a que hace referencia la DGRN puede examinarse desde varias perspectivas. Desde un punto de vista jurídico, el cambio de fórmula se sitúa en la reforma operada por la Ley de 15 de julio de 1954 que sustituye la anterior “nacidos en territorio español” por “nacidos en España”. Así lo hace S. TALEBBUIA HASSAN al preguntarse sobre el propósito de este cambio<sup>9</sup>.

8. Pero una perspectiva internacional es necesaria si queremos sostener, como hacemos, que el cambio de fórmula no fue casual. Compartimos el análisis J. SOROETA en torno a la comprensión de este extremo a la luz de la “cuestión española” y la negativa de las Naciones Unidas a admitir su ingreso en la Organización. Uno de los muchos obstáculos residía en el proceso de descolonización ya iniciado. Lejos de seguir los pasos de otras ex potencias coloniales, España hizo caso omiso al requerimiento de la Asamblea General para comunicar el tipo de medidas a adoptar para promover y preparar a la po-

<sup>7</sup> Conviene recordar que la primera gran reforma sobre nacionalidad es operada por Ley de 15 de julio de 1954, vigente en el momento del nacimiento de la solicitante y aplicable de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera de la Ley 18/1990 de 17 de diciembre: *La adquisición o la pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior, mantienen su efecto, aunque la causa de adquisición o de pérdida no esté prevista en la ley actual*. Por todos, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Ediciones GPS, Servicios a la Ciudadanía de CCOO, 2015.

<sup>8</sup> ¿Estaba en la *mens legislatoris* de 1954 pretender una distinción jurídico-política del territorio en función de dónde se había producido el nacimiento o se trata de una cuestión de estilo? El argumento para sostener que la diferencia es mera cuestión de estilo, con base en la propia sentencia de la Sala Primera que utiliza indistintamente ambas fórmulas, solo es asumible con una mirada que no tome en cuenta los intereses internacionales de la España en 1954. La Dictadura necesitaba un urgente “reconocimiento” internacional si quería recibir ayuda económica de los Estados Unidos, las negociaciones para ingreso de España en las Naciones Unidas (la “cuestión española”) llevaban encalladas más de diez años y, finalmente, el ingreso en las Naciones Unidas se condicionaba al cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea sobre los procesos de descolonización en África.

<sup>9</sup> S. TALEBBUIA HASSAN, “Nacionalidad española de los saharauis: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 207/2020”, en *Abogacía Española. Consejo General*. Blog Actualidad y Opinión. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/nacionalidad-espanola-de-los-saharauis-comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-207-2020/>.

blación saharauí para que en su día pudiera ejercer el derecho de autodeterminación. España dictó en 1958 el Decreto de Provincialización<sup>10</sup> que pretendía asimilar el territorio colonial saharauí al territorio metropolitano, “algo expresamente prohibido por el Derecho Internacional”<sup>11</sup>. Como consecuencia, y recordando que en materia de nacionalidad los Estados son soberanos para el establecimiento de sus requisitos sobre “su territorio nacional”, el gobierno de Franco trató de asimilar a la población saharauí a la española proporcionándoles el acceso a la función pública (podían ser funcionarios del Estado) condición que entonces solo estaba reservada a los nacionales españoles. Igualmente, tenían DNI y pasaporte españoles<sup>12</sup>.

**9.** En este sentido, no es aventurado afirmar que para el legislador de 1954 el cambio de la fórmula convenía política e internacionalmente al régimen si con ello se allanaba el camino hacia el ingreso de España en las Naciones Unidas negado durante más de diez años<sup>13</sup>. Ello no empecé a que España pudiera dar a la población saharauí todo tipo de facilidades para que pudieran ostentarse como españoles. No es irrelevante la comprensión de estos hechos ni fácil ordenar la errática administración del territorio saharauí bajo la tutela de España en una época en que la tesis de la provincialización/asimilación de sus habitantes quedó asentada para posteriormente, en 1975, ser negada en la Ley 40/1975 y su norma de desarrollo, el RD 2258/1976.

**10.** Compartimos los argumentos del Voto particular cuando, en el examen de las alegaciones de la demandante, acoge sus propios fundamentos (FD segundo): “era hija de españoles” y, en este sentido, no podía ser privada de esta nacionalidad dado que el RD 2258/1976 no le era de aplicación. Repara el Voto particular con acierto en la diferencia (esencial de Derecho internacional) del territorio colonial como espacio diferenciado del propiamente nacional y la “asimilación” colectiva e independiente de la voluntad de sus habitantes. La Carta de las Naciones Unidas no declara que sea contrario a los intereses de los pueblos de los territorios de las excolonias que pueda la potencia colonizadora dictar normas “de asimilación”. Mas, lo que no permite el Derecho internacional es privar a los habitantes de esos territorios de los derechos reconocidos individualmente: El Voto particular insiste en que el RD 2258/1976 provoca como efecto la desposesión de la nacionalidad española a los habitantes del territorio del Sahara.

**11.** Sin embargo, el Pleno de la Sala se cuida de no censurar esta norma. En su FJ Sexto, numeral 5º, señala que:

“..., en consecuencia, cualquiera que sea la opinión que merezca esta normativa específica y cualquiera que sea la opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora a lo largo de toda su presencia en el Sahara Occidental, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara y que por tanto no puede ser considerada España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el art. 17.1 c) CC”. En otras palabras, apostilla el TS, “no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española”. Fundamenta esta interpretación con apoyo en dos sentencias de la Sala 3ª del mismo Tribunal sobre reconocimiento del estatuto de apátridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental antes de la descolonización y cuyas circunstancias son similares a las de la demandante”.

<sup>10</sup> J. SOROETA LICERAS, “Marco jurídico político de la cuestión del Sahara Occidental”, en *Universidad y Sahara occidental. Reflexiones para la solución de un conflicto* (P. MARTÍNEZ LILLO, S. ARIAS CAREAGA,

C. TANARRO ALONSO, J. WEINGÄRTNER, Coords.), Colección Cuadernos Solidarios Nº 6, Universidad Autónoma de Madrid, 2007, pp. 35-52.

<sup>11</sup> Como explica J. SOROETA, *op. cit.*, p. 36, (...) “la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU estableció claramente que la condición jurídica de un territorio colonial es distinta y separada de la condición jurídica del territorio metropolitano. En consecuencia, el ordenamiento internacional prohíbe que la potencia colonial asimile a la población y el territorio de la colonia a su propio territorio y a su propia población”.

<sup>12</sup> La consulta de esta normativa se encuentra sistematizada por la profesora Aurelia Álvarez Rodríguez en su Blog *migrar con derechos*. Disponible en: <http://www.migrarconderechos.es/search/resultadosE/?allSearchField=sAHARA&pageSize=8>

<sup>13</sup> El ingreso se produjo el 14 de diciembre de 1955. Sobre la “cuestión española” (negativa de la ONU al ingreso de España en la organización) son numerosos los estudios. Baste la referencia a un clásico entre nosotros, la obra colectiva *ONU año XX, 1946-1966*, Madrid, Tecnos, 1966. De entre sus colaboraciones, destaco la del profesor F. MURILLO FERROL, “La Organización de las Naciones Unidas y la opinión española”, pp. 95-108.

12. El reconocimiento del estatuto de apátrida a saharauis por parte de la Sala 3ª del Tribunal Supremo no es cuestión inocua, por las razones que veremos a continuación. Por una parte, las Audiencias Provinciales son proclives a sustentar sus decisiones de reconocimiento de la nacionalidad española de los saharauis por posesión de estado (art. 18 Cc) argumentando, entre otras, el interés en evitar situaciones de apatridia<sup>14</sup>. La Audiencia Nacional en el examen de las solicitudes de concesión del estatuto de apátrida niegan su reconocimiento, endureciendo la carga de la prueba al exigir que se demuestre haber solicitado la nacionalidad de un determinado Estado (Argelia o Marruecos, por ejemplo) y que esta se ha denegado. La incómoda interpretación del RD 2258/1976 se ha soslayado. Pero en el Supremo la situación ha cambiado. Como ha señalado LÓPEZ BARONI (...) “al conceder la apatridia a los saharauis, el Tribunal Supremo español ha tratado de reparar mediante mecanismos jurídicos un conflicto de naturaleza política” (...) pero paradójicamente “posibilita a los nacidos en el Sahara Occidental antes de 1975 solicitar la nacionalidad española, dado que tanto la normativa nacional como la internacional tratan de limitar o restringir la existencia de apátridas”<sup>15</sup>.

13. Tarde o temprano llegaría al TS la cuestión de la atribución de la nacionalidad en sede del art. 17.1 c) C.c, como sucede en el asunto objeto de este comentario. Y es justamente en esta sede donde se (debería) (re)abrir el debate sobre la posible la inconstitucionalidad de los efectos del RD 2258/1976 sobre la prolongación en el tiempo de los resultados de esta norma y su posible inconstitucional si trae como consecuencia el mantenimiento de la situación de apatridia de la persona concernida.

14. La Sala 1ª afirma que su interpretación es “armónica” con la jurisprudencia de la Sala 3ª a partir de las sentencias de 20 de noviembre de 2007 y 18 de julio de 2008. Conviene constatar si esta referencia a “situaciones similares” a las del litigio que nos ocupa es o no adecuada; pues, “similar” no es identidad de causa ni de petitum. En la STS de 20 de noviembre de 2007<sup>16</sup> el litigio se plantea contra la Administración General del Estado para el reconocimiento del estatuto de apátrida que fue desestimado por la Audiencia Nacional. En la especie, la demandante asumió *ab initio* su condición de apátrida por lo que la causa petitum no fue la aplicación a la demandante de las previsiones sobre atribución de la nacionalidad española de origen al amparo del art. 17 1. apartados a) y d) del C. civil. Sí es cierto que nuestra sentencia hace un examen minucioso y extenso de la jurisprudencia previa; en concreto, toma las consideraciones de la STS 28 de octubre de 1998<sup>17</sup> y las extrapola al caso en la especie para fundamentar la imposibilidad de la demandante de cumplir las condiciones del RD 2258/1976<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Véase el estudio de A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Nacionalidad española de los habitantes del Sahara Occidental. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de noviembre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1110-1118.

<sup>15</sup> M.J. LÓPEZ BARONI, “Apátridas saharauis en España: Europa y su memoria”, *op. cit.*, p. 416 y 428.

<sup>16</sup> STS 8948/2007 - ECLI: ES:TS:2007:8948.

<sup>17</sup> STS 6268/1998 - ECLI: ES:TS:1998:6268. Como es sabido, en esta sentencia el Tribunal Supremo falla a favor del demandante declarando la nacionalidad española por posesión de Estado

<sup>18</sup> Sin embargo, en la mencionada sentencia también declara que “si el territorio de marras, calificado como español, fue luego considerado no español, (...) ello no significa que al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora. Como afirma la doctrina, “si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española “iure sanguinis o iure soli”, no era, en realidad español” (en este caso supondría que no tenía la plena nacionalidad), al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad, (recogida “*expressis verbis*” en la Ley descolonizadora,) se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad” (FJ 8º). Recogiendo, así la *tesis de la asimilación completa*. Son múltiples los comentarios doctrinales a esta importante sentencia, así como a la dictada un año después por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS del 7 noviembre 1999). Entre otros: M. GUZMÁN ZAPATER, “Descolonización y nacionalidad. el caso saharauí. Consolidación de nacionalidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, Nº 52, 2000, pp. 15-28. C. RUIZ MIGUEL, “Nacionalidad española de los ciudadanos saharauis: secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 663, 1999, pp. 14235-14246; J. SOROETA LICERAS, “La problemática de la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sahara Occidental”, *Anuario español de Derecho internacional*, vol. XV, 1999, pp. 167-202. En particular, merece atención el extenso trabajo de M.J. LÓPEZ BARONI, “Apátridas saharauis en España: Europa y su memoria”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 381-433, donde analiza la amplia casuística de la jurisprudencia española ante los casos particulares planteados. En relación con las dos sentencias del Tribunal Supremo de 1998 y de 1999, al analizar la naturaleza del territorio y de la población del Sahara, muestran

15. En la STS de 18 de julio de 2008<sup>19</sup> se plantea nuevamente un reconocimiento del estatuto de apátrida de una ciudadana saharauí. La referencia a la cuestión de la nacionalidad marroquí de la solicitante la plantea el Ministerio de Interior para negarle el estatuto de apátrida. Esta sentencia es un ejemplo claro de lo que hemos afirmado anteriormente. Y es que la Audiencia Nacional endurece la carga de la prueba y toma en cuenta un Dictamen del Tribunal de Justicia internacional para justificar “la no vinculación del territorio del Sahara Occidental con Marruecos” (FJ 8º) y la situación de los saharauis en los campamentos de Tinduff, al suroeste de Argelia país que los documenta por razones humanitarias con documentos de viaje para poder salir de su territorio (en concreto, del desierto cercano) por vía aérea (FJ 9º). Tampoco existe en esta sentencia un examen de la nacionalidad española de la solicitante del estatuto de apátrida ni referencia alguna al RD 2258/1976. En consecuencia, no existe similitud con el asunto del litigio, salvo la condición de saharauí de las demandantes.

16. Quizá sea plausible pensar que el Pleno de la Sala 1ª, con 6 votos a favor de sus 9 integrantes, haya descartado hacer ese giro “interpretativo innovador” que postulaban 3 de sus miembros en el Voto particular. Acaso el Pleno de la Sala 1ª haya decidido mantener la aplicación del RD 2258/1976 en sus términos dejando al margen la posible inconstitucionalidad de sus efectos por mor de la aplicación en el tiempo de la citada norma (desposesión de la nacionalidad española). Somos conscientes de que nuestro alto tribunal ha conseguido reparar en varias de sus sentencias la inacción del legislador<sup>20</sup> ante un conflicto de clara naturaleza política. Conceder el estatuto de apátrida es lo que más se acerca, en cuanto a sus beneficios, a la condición de nacional español. Pero no es suficiente. En el momento en que se escriben estas líneas nos preocupan las noticias sobre la reactivación del conflicto entre el Frente Polisario y el Reino de Marruecos por la ruptura unilateral del alto el fuego por la parte marroquí. Entonces, ¿qué tendría que suceder para que el Congreso de los Diputados se decida a abordar, en una norma ad hoc, la cuestión de la nacionalidad española de los saharauis?<sup>21</sup>.

## 2. Posibilidad de una interpretación evolutiva, actual y constitucional del RD 2258/1976: su inaplicabilidad al supuesto de la STS 107/2020

17. La Ley 40/1976 de 19 de noviembre sobre descolonización del Sahara habilitó la promulgación del RD 2258/1976, de 10 de agosto que otorgaba un derecho de opción a los naturales del Sahara

---

evidentes contracciones pues mientras que la de la Sala Primera (1998) asume la tesis de la asimilación completa al margen del Derecho internacional, la de la Sala Tercera (1999) acoge la opinión del Consejo de Estado en sus dictámenes sobre Guinea Ecuatorial e Ifni (que a su vez inspiraron la Ley de Descolonización del Sáhara de 1975), esto es, “que las colonias africanas nunca formaron parte de España”.

<sup>19</sup> STS 4083/2008 - ECLI: ES:TS:2008:4083.

<sup>20</sup> En la Proposición no de Ley presentada el 11/09/2012 por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA, sobre denuncia de los “Acuerdos de Madrid” y del Decreto RD2258/76 y otras medidas sobre el Sahara Occidental, se instaba a al Gobierno a denunciar los citados acuerdos y decreto por procedimiento de urgencia; a la restitución inmediata de la nacionalidad española a todos los saharauis censados en 1974 y sus descendientes, y así mismo, los que puedan demostrar, con la aportación de las documentaciones correspondientes, su derecho a mantener u obtener la nacionalidad española; y al inicio inmediato de las acciones pertinentes para entregar a las Naciones Unidas las responsabilidades adquiridas por España como potencia administradora en 1962. Disponible en *Migrar con Derechos* (Aurelia Álvarez): [http://www.migrarconderechos.es/legislationMasterable/legislacion/PNL\\_Sahara\\_Izquierda\\_plural;jsessionid=21B510B37ED5F8C94CA0764FD7D56A59](http://www.migrarconderechos.es/legislationMasterable/legislacion/PNL_Sahara_Izquierda_plural;jsessionid=21B510B37ED5F8C94CA0764FD7D56A59).

<sup>21</sup> El movimiento de lucha de los saharauis por la independencia sigue vivo. El Frente Polisario tiene que llamar la atención de la comunidad internacional con acciones como la del reciente bloqueo de camiones una “ilegal” aduana marroquí en Guerguerat. Marruecos ataca y rompe el fuego. España sigue guardando silencio mientras que Naciones Unidas parece validar la postura marroquí (envío de tropas a la zona de conflicto y violación por la parte marroquí de los acuerdos de alto el fuego). La ruptura del alto el fuego es un hecho grave y Francia, tradicional aliado de Marruecos, así lo ha expresado. En España solo el GP Podemos, en el Parlamento, ha justificado la protesta del Polisario, que califica como “pacífica” y denuncia la “inacción e incapacidad” de la ONU. Bien pudiera el GP Podemos, que cogobierna, pasar a la acción y promover una norma especial para resolver normativamente hablando la cuestión de la nacionalidad española de los saharauis. Sobre la opinión acerca de este conflicto, entre otros la de I. CEMBRERO, “El Polisario fracasa en su intento de reactivar el conflicto del Sahara occidental”, *Diario El Confidencial*, 13-11-2020. Disponible en: [https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-11-13/el-polisario-fracasa-en-su-intento-por-reactivar-el-conflicto-del-sahara-occidental\\_2832143/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-11-13/el-polisario-fracasa-en-su-intento-por-reactivar-el-conflicto-del-sahara-occidental_2832143/).

condicionado a: si residían en territorio nacional, estar provisto de documentación general española; y si se encontraban fuera de él, estuvieran en posesión del documento nacional de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas, o sean titulares del pasaporte español o estén incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero (Artículo Primero). Al interesado se le otorgaba un plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto (de 20/11/1975 a 20/11/1976), para manifestar acogerse a sus previsiones mediante comparecencia ante el Juez encargado del Registro civil del lugar de su residencia, o el Cónsul español de la demarcación correspondiente, aportando la documentación mencionada y manifestando su voluntad de optar por la nacionalidad española.

**18.** Resulta paradójico, como ha señalado J. SOROETA, que siendo la nacionalidad española la única que poseían como súbditos de un Estado colonial (España) se les “concediera” el derecho de opción debiendo renunciar a otra nacionalidad que ostentasen. El precepto partía de un presupuesto falso, la existencia de otra nacionalidad (marroquí en principio). La realidad y los hechos han demostrado lo contrario. La mayoría de los saharauis se negaron a acogerse a la nacionalidad marroquí. De donde, si la única nacionalidad que poseían era la española qué sentido tiene exigir la renuncia a la nacionalidad española para adquirir por opción la nacionalidad española. Un despropósito solo explicable por ese injustificable desatino que fue el Acuerdo tripartito entre Mauritania, Marruecos y España donde nuestro país hizo efectiva su voluntad de abandonar el territorio del Sahara Occidental, dar por finalizada la tutela y administración que ostentaba y declinar cuantas responsabilidades tuviera con el Sahara y sus habitantes<sup>22</sup>.

**19.** La consecuencia inmediata de dicho Decreto, pero no la más grave humanitariamente hablando, fue desposeer de la nacionalidad española a los saharauis muchos de los cuales no pudieron siquiera plantearse el ejercicio de la opción no solo por la falta de infraestructura administrativa en los territorios que España abandonó a merced de Marruecos, que les imposibilitó de facto el acceso a los registros para obtener los documentos, sino también porque pasaron a sufrir un horrible conflicto bélico que los empujó a un desplazamiento masivo hacia el desierto de Argelia, siendo esta crisis de refugiados, en palabras de ACNUR, la más larga y prolongada de la historia<sup>23</sup>.

**20.** La dudosa validez de la aplicación “en el tiempo” de los resultados derivados del RD 2258/1975 (desposesión - privación de la nacionalidad española a los saharauis y la conversión en apátridas) ha sido examinada por la doctrina<sup>24</sup>. En la sentencia objeto de este comentario, la cuestión la aborda la Magistrada Parra Lucán en su Voto particular.

**21.** Tres son los argumentos que avalan de acuerdo con este Voto la inaplicación del del decreto a la situación de la demandante. Con estos argumentos concluimos este análisis:

**22.** (1) En primer lugar, el objetivo del RD 2258/1976 era adoptar medidas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles. Así se desprende de su Preámbulo cuando afirma, en este contexto, que España ha puesto término definitivo a su presencia en dicho territorio y a “sus poderes y responsabilidades” en la administración del mismo.

<sup>22</sup> Sobre estos acuerdos, C. RUIZ MIGUEL, “Nacionalidad española de los ciudadanos saharauis: secuela de una descolonización frustrada...”, *op.cit.*

<sup>23</sup> ACNUR. EMERGENCIAS (20/04/2020). “[L]os refugiados saharauis llevan 45 años en situación de desplazamiento. La mayoría de los 173.600 refugiados que viven en los campamentos argelinos de Tinduf no han conocido otra vida. Llevan años esperando una solución para volver a su tierra que, de momento, no llega. Tinduf se compone de cinco campamentos que llevan el nombre de ciudades del Sahara Occidental: Bojador, Dajla, El Aaiún, Auserd y Smara”. Disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/refugiados-saharauis-campamentos-tinduf>.

<sup>24</sup> Entre otros: Con exhaustiva referencia a las resoluciones de la DGRN, J. PÉREZ MILLA, “Travesía hacia la nacionalidad española: oasis o desierto en el Sahara”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 3, 2011, pp. 419-440. R. VIÑAS FARRÉ, Evolución de la nacionalidad en España: continuidad y cambios más importantes, *Cursos de Derecho internacional Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*. UPV/EHU, 2009, pp. 312-313.

Sin embargo, el objeto directo de la norma es poner fin a la vinculación de los saharauis con España mediante la declaración de anulación y privación de todo valor a los pasaportes y documentos de identificación personal concedidos por las autoridades españolas a los naturales del Sahara “que no ejercieran la facultad de optar” en los términos del mencionado decreto: un año improrrogable mediante declaración ante el Encargado del Registro civil si se hallaban en España o ante el Cónsul español en la demarcación correspondiente, con exhibición de la documentación española indicada (DF 2ª). Formal y jurídicamente el RD es anómalo: primero, porque el supuesto derecho de opción lo que encubre es una anómala carta de naturaleza al ser dictado por el Ministro de Justicia; segundo, porque no hace referencia a los requisitos comunes para la eficacia de la opción: renuncia a la nacionalidad anterior, juramento de fidelidad al jefe del Estado e inscripción en el Registro civil; y, tercero, porque presuponía una sucesión de Estados que en el caso de el Sahara occidental no ha tenido lugar.

**23. (2)** En segundo lugar, el RD 2258/1976 puso fin a “la asimilación” de los saharauis llevada a cabo durante la etapa de provincialización. Se les privó de los derechos políticos reconocidos (como el de representación en Cortes o el voto en el referéndum o el acceso como funcionarios a puestos de la Administración española) y se les desposeyó de su nacionalidad al suprimir la validez de su documentación española si no ejercían en el plazo de un año la manifestación de querer ser españoles. Como hemos señalado, el Decreto arbitra un derecho de opción presuponiendo una sucesión de Estados cuando en realidad no hubo tal pues, como hemos indicado, el Acuerdo tripartito (Marruecos, Mauritania y España) se hizo al margen del Derecho internacional<sup>25</sup>.

**24. (3)** En tercer lugar, el resultado político pretendido por la norma es la privación de la nacionalidad española a quienes eran españoles según las normas vigentes en aquel momento y por la propia realidad, avalada por la política de asimilación seguida por España. Si estamos de acuerdo con esta premisa, es sostenible que la solicitante era española iure sanguinis (entraría en el ámbito del art. 17.a) Cc). Y, por la misma fuerza de razón no es sostenible que perdiera su nacionalidad española por aplicación del mencionado decreto dado que, de acuerdo con la legislación sobre nacionalidad vigente a la fecha (Ley de 15 de julio de 1954), para que se produjera la pérdida era preciso o la adquisición voluntaria de otra nacionalidad o la pérdida por sanción o la pérdida de la nacionalidad española de la mujer casada con extranjero (pérdida basada en el principio de unidad familiar y privilegio del varón). Vista la pérdida de la nacionalidad española a la luz de la normativa constitucional actual, entender que la solicitante perdió la nacionalidad por aplicación del RD 2258/1976 sería contraria a lo dispuesto en el artículo 11.2 CE (ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad).

**25.** Como reflexión de cierre cabría formular otra hipótesis, ligeramente apuntada en el Voto particular: si la demandante devino apátrida por aplicación del RD 2258/1976 y si esta situación se ha prolongado en el tiempo, ¿es conforme al ordenamiento constitucional vigente y a los compromisos internacionales asumidos por España no subsumir el supuesto de hecho en el ámbito del artículo 17.1 c) C.c.? - Mantener que los efectos del Real Decreto no se han agotado en el tiempo y pervive su aplicación incluso con la Constitución española en vigor, sería defendible si el resultado (sus efectos) no contradijera nuestros compromisos internacionales de reducir los supuestos de apatridia y la interpretación de dicho resultado fuera conforme con las previsiones del artículo 10.2 CE<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> United Nation - Treaty Series. *Declaración de Principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara occidental*, hecha en Madrid el 14 de noviembre de 1975. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20988/volume-988-I-14450-Other.pdf>

<sup>26</sup> Convención sobre el estatuto de los apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 y Convención para reducir los casos de apatridia, hecha en Nueva York el 30 de agosto de 1961.

FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN IMPUGNACIÓN  
DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: COMENTARIO  
A LA SENTENCIA 288/2020 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BARCELONA, DE 25 DE MAYO DE 2020\*

LACK OF ACTIVE LEGITIMACY IN CONTESTING  
NON-MARRIAGE FILIATION: COMMENTS ON JUDGMENT  
288/2020 OF THE BARCELONA PROVINCIAL COURT,  
ISSUED ON MAY 25, 2020

SILVIA VILAR GONZÁLEZ\*\*

*Profesora Universitat Jaume I. Castellón de la Plana*

*Profesora Universidad Internacional de La Rioja*

*Oficial de Notaría*

Recibido: 19.11.2020 / Aceptado: 04.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6022>

**Resumen:** Esta sentencia aborda un recurso de apelación interpuesto contra una resolución dictada en un proceso de impugnación de filiación no matrimonial con respecto del padre de un menor. El procedimiento fue iniciado por la tía del niño que ejercía su guarda de facto en virtud de una irregular delegación de responsabilidades parentales efectuada por los progenitores del menor. En la sentencia, como veremos, la Audiencia Provincial además de determinar que la actora no ostentaba legitimación activa para instar el procedimiento, apreció la falta de jurisdicción internacional de los tribunales españoles para conocer de la acción ejercitada, así como una situación irregular y riesgo notorio en la situación jurídica del menor cuya filiación se debate, lo que precisaba de la adopción de las medidas oportunas.

**Palabras clave:** impugnación de la filiación, filiación no matrimonial, falta de legitimación activa, falta de competencia jurisdiccional, *forum conveniens*.

**Abstract:** This judgment addresses an appeal filed against a decision issued in a process to contest non-marriage filiation with respect to the father of a minor. Said procedure was initiated by the aunt of the child who exercised de facto guardianship by virtue of an irregular delegation of parental responsibilities carried out by the minor's parents. In the judgment, as we will see, the Provincial Court, in addition to determining that the plaintiff did not have active legitimacy to initiate the procedure, appreciated the lack of international jurisdiction of the Spanish courts to hear the action brought, as well as an irregular situation and notorious risk in the legal situation of the minor whose parentage is debated, which required the adoption of the appropriate measures.

**Keywords:** contesting filiation, non-marriage filiation, lack of active legitimacy, lack of jurisdiction, *forum conveniens*.

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes de hecho. III. Fundamentos jurídicos apreciados por la Audiencia Provincial de Barcelona. IV. Fallo. V. Consideraciones finales.

---

\* SAP Barcelona (Sección nº. 12) nº. 288/2020, 25 mayo 2020 (ECLI: ES:APB:2020:3698).

\*\* Miembro del Grupo de Investigación "Centro de Estudios de Derecho y Relaciones Internacionales (CEDRI)".

## I. Introducción

1. Como todos sabemos, en los procedimientos de filiación concurre un componente especialmente sensible cuando el sujeto con respecto a quien se dirige la reclamación o la impugnación de dicha circunstancia es un menor de edad, al tratarse estos de personas vulnerables que precisan de una protección más reforzada.

2. La innegable confluencia de intereses públicos y privados en la labor de protección de los niños suele hacer necesario que, junto con la resolución del caso en estos supuestos, sea procedente valorar la necesidad de adoptar las medidas de protección específicas en caso de que se aprecie la existencia de un riesgo notorio en la situación jurídica del menor.

3. Cabe señalar también que, en algunos supuestos como el presente, se aprecian graves irregularidades con respecto al ejercicio de la patria potestad por parte los progenitores, en especial, en aquellos casos en que se delega la guarda y custodia del menor a favor de terceras personas, lo que permitirá a estas hacerse con el control del niño, como veremos.

## II. Antecedentes de Hecho

4. Pues bien, en el mencionado contexto y por lo que respecta al caso que nos ocupa, en el año 2014 un niño llamado “Máximo” nació en la República de Argentina. Su nacimiento se inscribió en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas argentino correspondiente a la ciudad de residencia de ambos progenitores, que son “Amalia”, su madre biológica, y “Guillermo” quien, pese a no ser el padre biológico del menor, reconoció la paternidad del niño.

5. En el año 2015 y tan solo doce días tras el nacimiento del menor, su madre biológica se lo entregó a “Tania”, tía paterna del niño, y los dos progenitores del mismo (padre y madre) llevaron a cabo una delegación de las responsabilidades parentales ante un notario a favor de esta última.

6. Poco después, “Tania” se trasladó con “Máximo” hasta Barcelona, haciendo uso de un poder que los padres le habían conferido para poder viajar al extranjero en compañía del niño. Cabe destacar que “Máximo” ha venido residiendo en Barcelona con su tía desde dicho momento, teniendo establecida en este lugar su esfera de relaciones personales, incluida su escolarización.

7. En el año 2016, “Tania” interpuso una demanda de impugnación de la filiación paterna del niño alegando que la inscripción de su paternidad en el Registro Civil argentino se había efectuado en fraude de ley lo que, según la sentencia, carece de cualquier refrendo probatorio y se sostiene, únicamente, en las manifestaciones de la parte actora. A estos efectos, la hermana del demandado afirmó que “por un acto caritativo al ver que el niño no tendría padre reconocido, y viendo a la madre biológica -que era amiga suya- desvalida, convenció a su hermano para que falsamente reconociera la paternidad del niño”<sup>1</sup>. De todo ello se desprendería, además, que quién urdió el fraude de ley en el que se fundamentaría la acción ejercitada, fue precisamente la tía paterna.

8. Cabe señalar que la acción se interpuso ante los órganos jurisdiccionales españoles pese a que, en el momento de interponer la demanda, tanto el padre como la madre del niño, tenían su domicilio y residencia habitual en Argentina, lugar en el que asimismo se inscribió el nacimiento del menor, tal y como hemos señalado con anterioridad. Asimismo, cabe señalar que en el procedimiento también intervino el Ministerio Fiscal y que fue llamada en calidad de demandada la madre del niño, “Amalia”, quien no se opuso a la apelación, ni compareció ante el Tribunal.

<sup>1</sup> Tercer párrafo del fundamento de derecho Tercero de la SAP Barcelona 288/2020.

9. Resulta necesario apuntar también que la sentencia del órgano jurisdiccional de instancia objeto de recurso, estimó la demanda interpuesta respecto de la impugnación de la filiación no matrimonial del menor, declarando que el niño no era hijo biológico de “Guillermo” y, por ello, acordó modificar los apellidos del niño.

### III. Fundamentos jurídicos apreciados por la Audiencia Provincial de Barcelona

10. Ante la referida sentencia estimatoria, el demandado interpuso un recurso de apelación que se articulaba, fundamentalmente, en torno a cuatro argumentos jurídicos:

- a) una falta de motivación en la sentencia, en la medida en que no se pronunciaba en torno al fraude de ley alegado en la contestación a la demanda;
- b) en segundo lugar y de forma subsidiaria, por no haber sido apreciada la falta de legitimación activa de la demandante;
- c) ante una falta de litis consorcio pasivo necesario, y;
- d) ante una indebida interpretación del artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual dispone expresamente que una negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad, facultará al órgano jurisdiccional para declarar la filiación que estuviera reclamándose, “siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”<sup>2</sup>.

11. La Audiencia Provincial de Barcelona, antes de entrar a valorar los referidos argumentos, comprobó la vinculación jurisdiccional que determinaba la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento del proceso y también la ley aplicable al fondo del asunto, por considerar a ambos como cuestiones de orden público.

12. Con respecto al anclaje competencial, el Tribunal determinó que la acción impugnatoria de la filiación hubiese correspondido ser enjuiciada por los juzgados en los que radica el Registro argentino en el que fue inscrito el nacimiento del menor -por haber nacido en dicho lugar- y en el que tenían establecido su domicilio y residencia los progenitores del niño. Todo ello en base a lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al principio de reciprocidad, al atribuir dicho artículo “la competencia territorial al lugar en que se encuentra el registro en el que figura la inscripción”<sup>3</sup>. Según señala la sentencia, también el artículo 581 del Código Civil de la República Argentina -vigente en el momento del nacimiento del menor<sup>4</sup>- atribuía la competencia jurisdiccional a los órganos del lugar en que se practicó la inscripción del nacimiento o bien, de forma alternativa, a los del lugar en que se halle el domicilio del demandado, es decir, el padre del menor cuya paternidad se impugna, lo que nos conduce, en ambos casos, a los tribunales argentinos.

13. Por lo tanto, procedería considerar que el foro español elegido para llevar a cabo la acción de impugnación de la filiación, “por ser el de la residencia circunstancial del niño donde ha fijado la residencia su tía”<sup>5</sup>, es un “*forum conveniens*”<sup>6</sup> que podría llegar a entrañar un fraude procesal en la elección, tal y como señala el recurrente.

<sup>2</sup> Art. 767.4 LEC, *in fine*.

<sup>3</sup> Cuarto párrafo del Fundamento de Derecho segundo de la SAP Barcelona 288/2020.

<sup>4</sup> Cabe señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación es el actualmente vigente en Argentina -en concreto desde el día 1 de agosto de 2015-, habiendo sido promulgado el 7 de octubre de 2014.

<sup>5</sup> Cuarto párrafo del Fundamento de Derecho segundo de la SAP Barcelona 288/2020.

<sup>6</sup> Recordemos, a estos efectos, que la doctrina del “*forum conveniens*” -o, más bien, del “*forum non conveniens*”-, muy frecuente en los sistemas de *common law*, permitiría que el tribunal legalmente competente pudiera abstenerse en el ejercicio de su jurisdicción y declinar conocer del asunto en aquellos casos en que aprecie la existencia de “una jurisdicción más apropiada o en mejores condiciones para resolver el caso que él mismo, al que apunta la norma de competencia”. B. SÁNCHEZ LÓPEZ,

14. Pese a ello, al subsistir la duda sobre si debe considerarse que el domicilio del menor radica en Barcelona, al llevar residiendo en este lugar desde el año 2015 y tener establecida en esta ciudad su esfera de relaciones personales, cabe otorgarle protección conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1 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, el cual atribuye expresamente competencia a “[l]as autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño [...] para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes” (art. 5.1 Convenio de la Haya).

15. En cuanto al derecho aplicable, la sentencia identifica con una cuestión de orden público considerar “que la legislación aplicable a la filiación es la de la nacionalidad del menor, que también es la del lugar de su nacimiento y la de sus progenitores, además del lugar de residencia de los mismos”<sup>7</sup>, y no la normativa catalana en materia civil que fue invocada por la demandante, en base al principio de territorialidad. Pese a ello, también deben tenerse en cuenta ciertas excepciones de aplicación a los menores con residencia en España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.4 del Código Civil.

16. En dicho sentido, en los procesos caracterizados por la vinculación de la persona cuya filiación se cuestiona con los ordenamientos jurídicos de dos o más países, no podemos tampoco olvidar el amplio debate científico y normativo que sigue existiendo en torno a los criterios de conexión que permiten concretar la determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal, como son la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual del menor<sup>8</sup>. Dicha complejidad ha tratado de ser abordada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo 223/2018<sup>9</sup> y 224/2018<sup>10</sup>, ambas de 17 de abril de 2018, las cuales han demostrado ser un claro referente “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”<sup>11</sup>. Así, en las referidas sentencias del Tribunal Supremo y en relación con la naturaleza de la norma de conflicto contenida en el artículo 9.4 del Código Civil, este órgano ha resuelto aplicar de la regla conflictual que viene “designada por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”<sup>12</sup>.

17. Entrando ya en los motivos alegados expresamente por el recurrente, la cuestión relativa al fraude de ley que la demandante afirma que afecta a la inscripción de la paternidad del niño, tal y como hemos señalado con anterioridad, los magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona estiman que fue precisamente la tía quien urdió el fraude y que, por tanto, tal y como se desprende de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código Civil y en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “en base al principio jurídico universal [...] los actos y negocios jurídicos realizados en fraude de ley no pueden obtener la tutela judicial y en ningún caso se puede beneficiar de los mismos quien actuó de tal forma”<sup>13</sup>. Es más, tal y como señala la sentencia “*obiter dicta*”, cabe establecer la filiación a través del reconocimiento de complacencia con plenos efectos jurídicos y más, partiendo de la base en el presente supuesto de que el padre del menor reconoció la paternidad del niño y “prestó su declaración ante el juez encargado del Registro Civil con pleno conocimiento de la trascendencia de tal negocio jurídico”<sup>14</sup>,

“Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º. 2201/2003: La STJUE de 27 de octubre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º. 1, marzo 2018, p. 642.

<sup>7</sup> Sexto párrafo del Fundamento de Derecho Segundo de la SAP Barcelona 288/2020.

<sup>8</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º. 1, marzo 2010, p. 188.

<sup>9</sup> STS (Sala de lo Civil) n.º. 223/2018, 17 abril 2018 (ECLI: ES:TS:2018:223).

<sup>10</sup> STS (Sala de lo Civil) n.º. 224/2020, 17 abril 2018 (ECLI: ES:TS:2018:224).

<sup>11</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, “La filiación internacional a examen por el Tribunal Supremo. A propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º. 2, octubre 2019, p. 625.

<sup>12</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, “La filiación internacional a examen...”, cit., p. 627.

<sup>13</sup> Tercer párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de la SAP Barcelona 288/2020.

<sup>14</sup> Primer párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP Barcelona 288/2020.

lo que deberá presumirse mientras ninguna persona que ostente legitimación activa ejercite una acción impugnatoria de tal circunstancia.

18. Por lo que respecta a la falta de legitimación activa de la demandante alegada por el recurrente y padre del menor, apunta la sentencia que tanto la legislación argentina como la catalana establecen un criterio de legitimación “*ad personam*” que reserva al propio menor y a sus progenitores la facultad de ejercitar una acción de filiación, siempre y cuando no les hubiera caducado tal derecho. Por tanto, se estima que la tía paterna, efectivamente, carecía de legitimación activa para iniciar el proceso, independientemente de que la madre biológica del niño compareciera con posterioridad en calidad de demandada -tras ser llamada por la tía a dichos efectos-, únicamente con la intención de allanarse a la demanda y a través de un poder notarial otorgado en Argentina, el cual carecía además de la correspondiente cláusula especial dirigida a facultar un acto de la naturaleza que se pretende.

19. Es más, como también señala la sentencia, aunque la madre del menor hubiese comparecido de forma personal adhiriéndose a la demanda, ello no habría logrado subsanar la absoluta falta de legitimación activa de la tía del niño, dado que la acción impugnatoria que hubiera podido ejercitar la madre ya se hallaba caducada en dicho momento.

20. En último lugar, la sentencia también acoge la invocación del recurrente de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al apreciar un conflicto de intereses entre el menor su madre biológica y su padre y “Amalia”, persona que viene ejerciendo las funciones de “guarda de facto”, por lo que se precisaría de la intervención en el procedimiento de un defensor judicial que tratara de asegurar el interés superior del menor, así como para tratar de “esclarecer las circunstancias en las que se produjo esa peculiar delegación general de las funciones de la responsabilidad parental a la tía paterna, y la eventual situación de riesgo jurídico del niño, que se encuentra separado de quienes constan como sus padres en el registro civil, sin que se haya constituido la institución tutelar que, con toda probabilidad, será necesario constituir”<sup>15</sup>.

21. Por último, en cuanto a la indebida interpretación del artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>16</sup>, el cual permite al tribunal declarar una filiación reclamada ante una negativa injustificada a someterse a una prueba biológica de paternidad o de maternidad, consideran los magistrados de la Audiencia Provincial que no puede atribuirse ningún efecto a la prueba analítica irregular, llevada a cabo son el consentimiento del interesado y sin contar con ninguna garantía en la cadena de custodia del material orgánico objeto de análisis.

#### IV. Fallo

21. Tras lo expuesto y fundamentado, la Sección número 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, terminó estimando el recurso de apelación interpuesto por “Guillermo”, revocando la sentencia impugnada y procediendo a declarar la “falta de legitimación activa de la demandante, así como la falta de jurisdicción internacional de los tribunales españoles para conocer de la acción ejercitada”<sup>17</sup>, dejando expresamente imprejuzgada la acción de impugnación de la filiación paterna que ha sido indebidamente llevada a cabo.

22. Se instó también al Ministerio Fiscal y a la entidad pública competente en esta materia del lugar de residencia del menor, esto es, la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Generalitat de Cataluña, para que instruyeran el expediente oportuno y adoptaran las medidas de

<sup>15</sup> Cuarto párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de la SAP Barcelona 288/2020.

<sup>16</sup> Art. 767.4 LEC, *in fine*.

<sup>17</sup> Primer párrafo del Fallo de la SAP Barcelona 288/2020.

protección necesarias<sup>18</sup>, habida cuenta de la situación irregular y del riesgo notorio en la situación jurídica del menor, quien continúa residiendo en la actualidad con su “guardadora de facto”, su tía paterna, “Tania”. Entre las posibles medidas a adoptar, se mencionan en la sentencia el acogimiento en familia del menor, instar la suspensión o privación a los padres biológicos de la patria potestad, en su caso, o cualquier otra que se estime oportuna.

## V. Consideraciones finales

**23.** Destaca especialmente en el supuesto objeto de estudio, las irregularidades en torno a la atribución de las responsabilidades parentales y ejercicio de la guarda de facto llevada a cabo por parte de la tía del menor, que le llevaron incluso a considerarse con la legitimación suficiente como para poder interponer un procedimiento por el que se cuestionase la determinación de la paternidad del niño, alegando la comisión de fraude de ley por parte de este, cuando es a la propia demandante a quien procedería considerar instigadora del fraude, en su caso.

**24.** Pese a ello, hemos podido comprobar también, a partir de la sentencia, la necesidad de que este tipo de procedimientos sean iniciados por las personas normativamente legitimadas para ello, que tanto en el caso de España como de Argentina son, o bien el hijo o hija, en cualquier momento, o bien sus progenitores dentro de los plazos legalmente establecidos a dichos efectos.

**25.** Con la última reforma normativa del artículo 9.4 del Código Civil, en cuanto a la determinación del Derecho aplicable a este tipo de procedimientos, se ha fijado la ley personal del hijo como única conexión a la hora de resolver cuestiones relacionadas con la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza -salvo si no pudiera lograrse establecer el referido lugar-, lo que ha aportado cierta luz en torno al debate doctrinal relacionado con esta materia.

**26.** No menos interesantes resultan las reflexiones de la Sala en torno a interpretación del artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en ningún caso puede considerarse que atribuye efectos a pruebas obtenidas de forma irregular, sin garantías en la cadena de custodia del material orgánico recogido y sin contar con el consentimiento del afectado.

**27.** En definitiva, más allá de la complejidad relacionada con los procedimientos en que se debate en torno a la filiación de un menor, en los que confluyen innegablemente intereses públicos y privados, si además de dicha cuestión concurre elemento de extranjería, nos enfrentaremos a problemas añadidos que vienen relacionados con la determinación, tanto de la ley aplicable, como del órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso.

---

<sup>18</sup> Siendo las administraciones públicas las competentes para velar por el derecho de los menores a ser protegidos, para lo que deberán detectar, prevenir e intervenir adecuadamente en atención a las circunstancias concurrentes, adoptando las medidas oportunas de entre las previstas al efecto en la legislación vigente. A. DE PALMA, “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º. 4, octubre 2004, pp. 103-138.

CONGRESOS

# EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS REDES SOCIALES Y LOS RETOS QUE PLANTEA EL ACCESO A DICHAS PLATAFORMAS

## THE LEGAL REGIME OF SOCIAL NETWORKS AND THE CHALLENGES POSED BY ACCESS TO THESE PLATFORMS

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad San Jorge (Zaragoza)*

YERAY ROMERO MATUTE

*Profesor de la Universidad San Jorge (Zaragoza)  
Doctorando en la Universidad de Murcia*

Recibido: 14.12.2020 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6023>

**Resumen:** Recientemente, hemos visto como un partido político español con representación parlamentaria anunció que había interpuesto acciones legales ante los tribunales españoles contra Twitter, por una presumible vulneración de “derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la participación política, la libertad ideológica y el principio de pluralismo e igualdad política, recogidos todos en la Constitución”. Esta noticia pone en evidencia varias cuestiones que no suelen tenerse en cuenta por el usuario medio a la hora de acceder a cualquiera de las redes sociales más utilizadas, como pueden ser, Twitter, Facebook, Instagram o LinkedIn. Ante esta tesitura, se analizará desde una perspectiva internacional privatista la naturaleza del contrato, así como las cláusulas de sumisión incluidas en los mismos.

**Palabras clave:** red social, usuario, contrato, cláusula de sumisión

**Abstract:** Recently, we have seen how a Spanish political group represented in parliament announced that it had filed legal action in the Spanish courts against Twitter, for an alleged violation of “fundamental rights such as freedom of expression, the right to political participation, ideological freedom and the principle of political pluralism and equality, all of which are enshrined in the Constitution”. This news highlights several issues that are not usually considered by the common user when accessing any of the most popular social networks, such as Twitter, Facebook, Instagram or LinkedIn. Considering this situation, the nature of the contract will be analyzed from an international private law perspective, as well as the submission clauses included in the contract.

**Keywords:** social network, user, contract, submission clause

**Sumario:** I. Introducción. II. ¿Qué tipo de contrato es el suscrito entre los usuarios de una plataforma digital y la red social en cuestión? III. ¿Qué tribunales son competentes para su resolución? IV. ¿Qué ley resulta aplicable al citado contrato? V. ¿A qué órganos jurisdiccionales les corresponde decidir si es viable el establecimiento de medidas cautelares? – VI. Reflexión final.

## I. Introducción

1. En los últimos tiempos, hemos visto como un partido político español con representación parlamentaria anunció que había interpuesto acciones legales ante los tribunales españoles contra *Twitter*, por una presumible vulneración de “derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la participación política, la libertad ideológica y el principio de pluralismo e igualdad política, recogidos todos en la Constitución”<sup>1</sup>. Ello, tras haber bloqueado *Twitter* su cuenta oficial como consecuencia de la existencia de publicaciones que incitaban al odio. En este sentido, debido a los graves perjuicios que le ocasionó esta supresión, el mencionado partido solicitó como medida cautelar el restablecimiento de su perfil en dicha plataforma.

2. Esta noticia pone en evidencia varias cuestiones que no suelen tenerse en cuenta por el usuario medio a la hora de acceder a cualquiera de las redes sociales más utilizadas, como pueden ser, *Twitter*, *Facebook*, *Instagram* o *LinkedIn*. Así, cabe observar en primer lugar que el acceso a estas plataformas se realiza a través de una licencia de uso de un *software* que proporciona los servicios, cuyo disfrute tiene lugar en la forma autorizada por los términos y condiciones establecidos por tales empresas<sup>2</sup>. Lo cierto es que la mayor parte de los usuarios de las redes sociales aceptan los términos y condiciones que imponen aquellas sin llevar a cabo una lectura detenida y, por tanto, sin pararse a reflexionar acerca de los problemas legales que pueden derivarse de la aceptación de las cláusulas que se contemplan.

3. En segundo término, tampoco se toma en consideración que todas estas empresas se encuentran domiciliadas en los Estados Unidos de América y suelen operar en Europa a través de filiales con sede en Irlanda, con las cuales se entiende celebrado el contrato en el supuesto de que se trate de usuarios residentes en la Unión Europea (UE) o en el Espacio Económico Europeo (EEE).

4. Así las cosas, cuando el usuario de una red social acepta los términos y condiciones de los servicios que le proporciona este tipo de plataformas, lo que menos se imagina es que esta situación constituye una relación jurídica objeto del Derecho Internacional Privado. Asimismo, tampoco se plantea que el régimen jurídico de estas situaciones difiere del previsto para relaciones que no presentan ningún elemento extranjero. Justamente, por ello, para la resolución de los conflictos o disputas que puedan surgir entre las partes, este tipo de licencias incorporan cláusulas de elección de ley y de sumisión a determinados tribunales, que, en ambos casos, no suelen coincidir con los de la residencia habitual del usuario de la plataforma.

5. En consecuencia, es fácil percatarse de que el acceso a las redes sociales engloba una serie de interrogantes, para cuya respuesta se requiere el concurso del Derecho Internacional Privado:

- 1º) ¿Qué tipo de contrato es el suscrito entre los usuarios de una plataforma digital y la red social en cuestión?
- 2º) En caso de conflicto, ¿qué tribunales son competentes para su resolución? ¿Qué consecuencias puede tener la cláusula de sumisión inserta en los términos y condiciones de acceso a este tipo de plataformas?
- 3º) ¿Cabe diferenciar entre usuarios que reúnen la condición de consumidor de aquellos que no lo son, especialmente, en lo que respecta al abuso de tales cláusulas?
- 4º) ¿Qué ley resulta aplicable al citado contrato?, ¿Es válida la cláusula de elección de ley que habitualmente se estipula en los términos y condiciones de uso de las redes sociales más utilizadas?
- 5º) ¿A qué órganos jurisdiccionales les corresponde decidir si es viable el establecimiento de medidas cautelares como las solicitadas por el referido partido político español?

<sup>1</sup> Vid. <https://www.heraldo.es/>. Consultado el 18 de enero de 2020.

<sup>2</sup> Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Contratos internacionales de software en Derecho Internacional privado*. Tesis defendida en la Universidad de Alicante, marzo, 2004.

6. Las posibles soluciones a todas estas cuestiones se abordarán a lo largo de la presente disertación.

## II. ¿Qué tipo de contrato es el suscrito entre los usuarios de una plataforma digital y la red social en cuestión?

7. Con anterioridad a la solución de los conflictos que suscitan las relaciones que derivan del uso de las redes sociales, se hace necesario conocer las condiciones y términos que, generalmente, incluyen la mayor parte de redes sociales para poder acceder a sus servicios. Ello, con el propósito de identificar el tipo de contrato que se estipula entre el usuario y la concreta red social, lo que permitirá, atendiendo a los elementos presentes en la situación, seleccionar las autoridades competentes para dirimir la controversia y la ley reguladora del contrato, en función de los instrumentos legalmente aplicables a la situación.

8. En este sentido, tras hacer un recorrido por las principales redes sociales (*Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, Google, WhatsApp*) es posible extraer una serie de extremos comunes a todas ellas:

- 1º) La relación que se instituye entre el usuario y la red social es de naturaleza contractual y, por tanto, jurídicamente vinculante<sup>3</sup>.
- 2º) Las empresas que gestionan las mencionadas redes sociales se califican a sí mismas de proveedores de servicios y denominan a las prestaciones objeto del contrato genéricamente como “servicios”.
- 3º) La mayoría de estas empresas distinguen entre lo que denominan “Servicios”, en referencia a las prestaciones que se obligan a realizar en cumplimiento del contrato, y lo que recibe el nombre de “Contenido”, en alusión a la información y material que el usuario publica al hacer uso de los servicios.
- 4º) En cuanto a los “Servicios”, estas empresas ofrecen un gran elenco de servicios que van desde aplicaciones y sitios web, plataformas u otros servicios integrados, hasta comunicaciones y notificaciones, correo electrónico, servicios de comercio, y dispositivos<sup>4</sup>.
- 5º) Junto a ello, las distintas redes sociales, facilitan una licencia de *software* como parte de los servicios, a fin de que el usuario se beneficie de dichos servicios de la forma autorizada en los términos del contrato. Se trata de una licencia personal, en exclusiva, libre de pago de derechos y no asignable<sup>5</sup>.
- 6º) El usuario, por su parte, otorga a las empresas que gestionan las redes sociales una licencia internacional, no exclusiva, por la cual atribuye a estas empresas un derecho mundial, transferible y sujeto a sublicencia sobre la información y contenido que el propio usuario sube a la red social. Esta licencia comprende facultades tales, como el uso y la administración, o la copia, modificación, distribución, publicación y tratamiento de tal contenido por parte de la empresa. Ello, sin que sea necesario que el usuario preste su consentimiento adicional y sin que se genere un derecho a recibir compensación alguna para él o para un tercero<sup>6</sup>.
- 7º) Lo anterior no afecta a la propiedad del contenido, cuyos derechos continúan perteneciendo al usuario.

9. De los anteriores datos parece desprenderse que la relación jurídica que surge entre el usuario y la empresa que gestiona la red social podría calificarse como un contrato de prestación de servicios.

<sup>3</sup> Como ejemplo, puede consultarse [https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?\\_l=es\\_ES](https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?_l=es_ES), <https://twitter.com/es/tos>.

<sup>4</sup> *Vid.* entre otras, <https://policies.google.com/terms?hl=es>.

<sup>5</sup> A título ilustrativo, *Vid.* <https://twitter.com/es/tos>.

<sup>6</sup> <https://es-la.facebook.com/help/instagram/478745558852511>.

**10.** Para el caso de que se planteara un litigio en el ámbito de la Unión Europea y el mismo debiera dirimirse al amparo de lo dispuesto en el Reglamento 1215/2012 (en adelante, RBI-bis)<sup>7</sup> y del Reglamento 593/2008 (en lo sucesivo, RRI)<sup>8</sup>, parece oportuno recordar cuál es el concepto de contrato de prestación de servicios cubierto por tales instrumentos. Así, no puede desconocerse que se trata de un concepto autónomo, propio del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, que se viene interpretando en un sentido muy amplio, que no se identifica únicamente con el contrato de arrendamiento de servicios<sup>9</sup>.

**11.** En este punto, entiende la doctrina que, a estos efectos, el contrato de prestación de servicios comprende una noción económica más que jurídica y, en consecuencia, ha de interpretarse en términos económicos, dejando de lado las obligaciones que derivan del contrato en virtud de la ley aplicable al mismo. De este modo, cabría interpretar que el contrato de prestación de servicios sería aquel cuyo objeto principal es la realización de una actividad consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, a título oneroso, gratuito o lucrativo<sup>10</sup>. No quedarían cubiertos los contratos que comportasen la transmisión de la propiedad de una cosa o el simple dejar de hacer por un contratante a favor del otro o la mera abstención<sup>11</sup>. Tampoco entran dentro del ámbito del contrato de prestación de servicios los contratos cuyo principal objeto es la concesión de una licencia o la transmisión de derechos sobre bienes inmateriales<sup>12</sup>.

**12.** Cierto es que para que la noción de contrato de prestación de prestación de servicios, tal y como se define a los efectos del Derecho Internacional Privado de la UE, requiere que, a cambio de las conductas detalladas más arriba, el prestador de los servicios reciba una remuneración. En este sentido, podría argumentarse que en los contratos que tienen por objeto las redes sociales no existe, como regla, una contraprestación dineraria.

**13.** No obstante, como se ha explicado, sí que existe una contraprestación, cual es la licencia que otorga el usuario a la red social respecto a la información y el contenido que facilita. Aquí, hay que puntualizar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante (TJUE), ha dejado sentado que por remuneración no ha de entenderse únicamente una cantidad dineraria, sino también otros contenidos que representen valor económico para el prestador<sup>13</sup>.

**14.** No cabe duda de que el contrato entre los usuarios de las redes sociales y las empresas que prestan dichos servicios reúne el requisito anterior, toda vez que la licencia que otorgan los usuarios para

<sup>7</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. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

<sup>8</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>.

<sup>9</sup> Recuérdese aquí que el Art.7.1.b) RBI-bis, al igual que su predecesor el RBI, no definen el concepto de prestación de servicios, tal como ha señalado el TJUE, entre otras resoluciones, en la STJUE (Sala Cuarta) 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*: Asunto C533/07 (ECLI:EU:C:2009:257) y STJUE (Sala Cuarta) de 25 febrero 2010, *Car Trim*: Asunto C-381/08, (ECLI:EU:C:2010:90). De la primera de las resoluciones citadas (apartado 33) se desprende, tal como indica un sector doctrinal, que el concepto de «servicio» que se contemplaba en el RBI tiene un contenido autónomo, independiente de la interpretación de este concepto en el marco del artículo 50 CE o de normas de Derecho comunitario derivado distintas del citado Reglamento. *Vid.* M.P. CANEDO ARRILLAGA, “Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 febrero 2010 (*Car Trim*: asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001” *Cuadernos de Derecho Transnacional, Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, N° 1, p. 266; P. DE MIGUEL ASENSIO, “Sobre el concepto de contrato de prestación de servicios en el DIPr. comunitario”, Recuperado en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2009/05/sobre-el-concepto-de-contrato-de.html>. Esta interpretación coincide asimismo con el concepto de prestación de servicio recogido en el Art.4.1.b) RRI.

<sup>10</sup> *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 924.

<sup>11</sup> *Vid.* STJUE (Sala Tercera) 15 junio 2017, *Kareda*: Asunto C-249/16 (ECLI:EU:C:2017:472).

<sup>12</sup> *Vid.* STJUE (Sala Cuarta) 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*: Asunto C533/07 (ECLI:EU:C:2009:257)

<sup>13</sup> *Vid.* STJUE (Sala Primera) 19 diciembre 2013, *Corman-Collins SA vs. La Maison du Whisky SA*: C/9-12. [ECLI:EU:C:2013:860].

el tratamiento de su información y contenido tiene un indudable valor económico. En consecuencia, puede considerarse como remuneración a cambio de la actividad que proporcionan estas empresas.

15. Más problemas suscita la calificación de la licencia de *software* que proporcionan estas empresas como parte de los servicios. Sobre este particular, el TJUE ha establecido que las licencias que comportan cesión de derechos no entrarían dentro de este concepto amplio de contrato de prestación de servicios, en tanto que constituyen contratos que conllevan transferencia de la propiedad o de facultades dominicales sobre tales derechos<sup>14</sup>. Se afirma, asimismo, que en el contrato de licencia el licenciante no presta servicio alguno, habida cuenta que no realiza ninguna actividad, sino que simplemente permite la explotación de determinados derechos de su titularidad<sup>15</sup>.

### III. ¿Qué tribunales son competentes para su resolución?

16. Lo pretendido en esta parte, sirve para analizar las distintas cláusulas de las diferentes redes sociales y examinar los efectos que provocan, así como la validez de las mismas. Para tratar de dar respuesta a las siguientes preguntas planteadas, es necesario indicar que la gran mayoría de redes sociales hacen una distinción entre usuarios y consumidores que residen dentro y fuera de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

17. Dicho lo cual, muchas de las redes sociales más famosas a nivel nacional e internacional, establecen una serie de cláusulas de sumisión, otorgando la competencia a unos determinados tribunales<sup>16</sup>. Sin embargo, estas cláusulas, afectan de manera diferente a los usuarios que reúnen la condición de “consumidor” que a aquellos que no lo son.

<sup>14</sup> Vid. STJUE (Sala Cuarta) 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*: Asunto C533/07 (ECLI:EU:C:2009:257), ya mencionada.

<sup>15</sup> Vid. A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Vol. II, *Op. cit.* p.926.

<sup>16</sup> Facebook e Instagram: “Si eres consumidor y habitualmente resides en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que presentes contra nosotros (...) Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En todos los demás casos, aceptas que la reclamación se debe resolver en un tribunal competente en la República de Irlanda y que las leyes de ese país regirán estas Condiciones”, <https://www.facebook.com>, <https://www.instagram.com>, consultado el 25 de marzo de 2020; TWITTER: “Si usted reside fuera de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, las leyes del Estado de California (...), regirán estos Términos y cualquier conflicto que surja entre usted y Twitter. Todos los conflictos relativos a estos Términos o a los Servicios se presentarán únicamente ante los tribunales federales o estatales del Condado de San Francisco, California, Estados Unidos. Si usted reside en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, estos Términos constituyen un acuerdo entre usted y Twitter International Company, una empresa irlandesa con domicilio social en Irlanda, <https://twitter.com>, consultado el 26 de marzo de 2020; SNAP CHAT: “En la medida en que estas Condiciones les permitan a Snap Inc. o a ti litigar ante un tribunal, ambos acuerdan que todas las reclamaciones y disputas (ya sea por responsabilidad contractual, extracontractual o de otro tipo), se sustancien exclusivamente ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Central de California (...). Salvo en la medida en que las leyes federales estadounidenses lo impidan, serán las leyes de California (a excepción de sus principios sobre conflicto de leyes) las que rijan las presentes Condiciones, y cualquier reclamación y disputa (ya sea por responsabilidad contractual, extracontractual o de otro tipo) derivada de o relacionada con estas Condiciones o con su objeto”, <https://www.snap.com/>, consultado el 26 de marzo de 2020; ТIK TOK: “Legislación aplicable y jurisdicción para los usuarios de la Unión Europea. Estos Términos, su objeto y su formación, se rigen por las leyes de Singapur, sujetas únicamente a las disposiciones obligatorias de la ley del consumidor en el país en el que usted reside. (...) Los tribunales del país en el que reside tendrán jurisdicción no exclusiva para resolver cualquier disputa o reclamación (incluidas las disputas o reclamaciones no contractuales) que surja de o esté relacionada con este Acuerdo o su objeto o formación. Alternativamente, puede plantear la disputa ante un organismo alternativo de resolución de disputas”, <https://www.tiktok.com>, consultado el 27 de marzo de 2020; LINKEDIN: “Esta sección no anulará la aplicación de ninguna protección obligatoria del consumidor al amparo de la legislación de tu país de residencia habitual. Si resides en los Países designados: acuerdas con LinkedIn que las leyes de Irlanda, excepto en los casos de conflicto de jurisdicción, prevalecerán en cualquier disputa relacionada con este Contrato y/o los Servicios. Acuerdas que las reclamaciones y disputas se resolverán únicamente en Dublín, Irlanda, pues esta será la jurisdicción del tribunal competente. En los casos externos a los Países designados, incluidos aquellos fuera de los Estados Unidos: acuerdas con LinkedIn que la legislación del estado de California, EE. UU., excepto en los casos de conflicto de jurisdicción, prevalecerá en cualquier disputa relacionada con este Contrato y/o los Servicios. Acuerdas con LinkedIn que las reclamaciones y disputas se resolverán únicamente en los tribunales estatales o federales del condado de Santa Clara en California, EE. UU.,

**18.** Cuando se produce un acuerdo –bajo el principio de la libre autonomía de la voluntad–, y las partes se someten libremente a la jurisdicción de unos determinados tribunales de un Estado, tiene lugar lo que se conoce como sumisión expresa<sup>17</sup>. En este punto, se cuestiona si las cláusulas de las diferentes redes sociales –*Facebook, Instagram, Twitter, Snap Chat, Tik Tok, LinkedIn*, etc.– son válidas a todos los efectos, o si por el contrario resultan ser abusivas.

**19.** Estas redes sociales, tratándose de “consumidores” con residencia habitual en un Estado Miembro de la UE, establecen que las controversias que pudieran surgir se dirimirán por los tribunales competentes según las normas previstas en la ley de la residencia habitual del consumidor. En el caso de un “usuario/no consumidor”, para la solución de los posibles litigios que pudieran surgir, los términos y condiciones de las redes sociales –con carácter general– remiten a los tribunales irlandeses.

**20.** Para tratar de dar solución a la incertidumbre jurídica planteada, dado los diferentes elementos jurídicos internacionales que lo componen –domicilio del profesional y domicilio del “usuario/consumidor”–, habría que acudir a las normas de Derecho Internacional Privado sobre competencia judicial internacional<sup>18</sup>. En tal sentido, teniendo en consideración lo expuesto y que todas las redes sociales operan con filiales cuyo domicilio social se encuentra en Irlanda<sup>19</sup>, ante cualquier conflicto que afectase a un “usuario/consumidor Europeo” –parte débil del contrato–, se tendría que estar a lo dispuesto en el RBI-bis, más concretamente, a lo establecido en los artículos 17 y siguientes y, en su caso, se ha de respetar lo dispuesto en el Art.19 RBI-bis<sup>20</sup>.

**21.** Respecto al foro de protección en materia de consumo, hay que puntualizar que el TJUE ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que para que una persona sea considerada “consumidor”, debe ser una persona física, debe realizar un acto de consumo y, además, el uso de ese bien o servicio adquirido debe utilizarse a título personal, excluyendo dicho uso para el ejercicio de una actividad profesional<sup>21</sup>. Del mismo modo, hay que puntualizar que el Reglamento ampara únicamente al “consumidor pasivo”, es decir, aquel que recibe la oferta del contrato, o la publicidad a tal fin, en el Estado de su domicilio<sup>22</sup>. La cuestión resulta relevante, ya que a efectos de la competencia de un tribunal u otro, la validez de las cláusulas de sumisión expresa dependerá de que nos encontremos ante un usuario considerado como “consumidor” o ante un usuario “no consumidor”.

**22.** Así pues, en el supuesto de que el “usuario/consumidor” sea el que interponga una demanda contra una red social, la competencia de un tribunal de una Estado Miembro se determinará en virtud del

<sup>17</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, *Op. cit.*, p.909.

<sup>18</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, *Op. Cit.* pp.124-128.

<sup>19</sup> En este punto, hay que advertir que nos encontramos con una empresa matriz con sede en un tercer Estado (USA), pero, que opera en la UE a través de una sociedad filial con domicilio en un Estado miembro de la UE (Irlanda). A este respecto, habida cuenta que la empresa filial tiene personalidad jurídica distinta de la empresa matriz y toda vez que dispone de independencia económica y organizativa, cabe entender que no se trata de una sucursal, agencia o establecimiento secundario de la empresa madre. Por este motivo, se considera que tiene su domicilio en un Estado miembro y como regla general, puede ser demandada conforme al Art.4 RBI-bis. Consecuencia de todo ello es que si se desea interponer demanda conjunta frente a la empresa matriz y su filial europea, no es posible hacerlo con arreglo al Art.6.1 RBI-bis, sino de acuerdo con las normas de competencia judicial internacional de producción interna de cada Estado (Art.22 *ter* LOPJ). Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional privado*. Rapid Centro Color, Murcia, 2020, pp.460-461.

<sup>20</sup> Vid. P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Las condiciones generales de Twitter”, *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2015. [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco). Consultado el 25 de febrero de 2020.

<sup>21</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional... cit.*, pp. 590-604; Vid. STJUE 14 marzo 2013, C-419/11, [ECLI:EU:C: 2013:165]; STJUE 25 enero 2018, C-498/16, [ECLI:EU:C:2018:37]; STJUE 23 diciembre 2015, C-297/14, [ECLI:EU:C:2015:844]; entre otras.

<sup>22</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, *Op. Cit.*, p.1123; junto con STJCE 11 julio 2002, *Gabriel*, Asunto C-96/00 (Recuperado en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd11f4b2e5d60a42b88470a57d7dffc1e2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSaNv0?text=&docid=47097&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=74098>) y STJUE 7 diciembre 2010, *Pammer*, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09 (ECLI:EU:C:2010:740).

Art. 18 RBI-bis. Éste establece que el “usuario/consumidor” tendrá dos opciones; bien podrá interponer su demanda ante los tribunales del Estado Miembro en donde este domiciliada la red social (Irlanda en la mayor parte de los casos)<sup>23</sup>, o bien, ante los tribunales del Estado en donde se encuentre domiciliado dicho consumidor. Esta solución, coincide con la remisión que hacen la mayoría de las redes sociales en las cláusulas estudiadas, que, por consiguiente, no pueden considerarse abusivas<sup>24</sup>.

**23.** Por otra parte, en el supuesto de que el “usuario/no consumidor” decidiera interponer una demanda, no podría interponerla según las posibilidades que ofrece el Art. 18 RBI-bis, antes citado. Principalmente, porque no quedaría cubierto dentro de su ámbito de aplicación. En consecuencia, las posibilidades que tendría un “usuario/no consumidor” serían las siguientes. En defecto de pacto de sumisión, o que no pudiera considerarse válido, podría acudir al foro general del domicilio del demandado, es decir podría interponer la demanda ante los tribunales del Estado Miembro en el cual se encontrase el domicilio de cualquiera de estas redes sociales –*a priori* Irlanda– (Art. 4, en relación con el Art. 63 RBI-bis)<sup>25</sup>.

**24.** Si bien, alternativamente, la segunda de las posibilidades, sería la interposición de la demanda, ante los tribunales de un Estado Miembro en donde, según el contrato hayan sido o deban prestarse los servicios, salvo pacto en contrario entre las partes (Art. 7.1.b) RBI-bis)<sup>26</sup>. Si bien, en el supuesto de no poder determinarse el lugar de prestación de los servicios, habría que acudir al mismo artículo apartado c) que remite al apartado a). En último término, de no resultar operativo el Art. 7 RBI-bis, la competencia se determinaría por el foro general. No obstante, la posibilidad de acudir al foro general y al foro especial, cederían a favor del pacto de sumisión expresa recogido en el Art. 25.2 RBI-bis<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> A efectos UE, podría decirse que las redes sociales más famosas son: *Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, Tik Tok, Snapchat*, etc. Por lo tanto, habrá que analizar, de manera independiente, los “términos y condiciones” de cada una de estas redes sociales para conocer la ubicación de su domicilio. La totalidad de las redes sociales hacen una distinción entre usuario residente de la UE o del EEE y usuario residente en un tercer Estado. Normalmente, cuando hacen referencia UE, el domicilio social de estas empresas radica en Irlanda; mientras que, si se reside fuera de la UE, el domicilio suele ubicarse en California, Estados Unidos. No obstante, no siempre es así.

<sup>24</sup> Sobre este particular, en el caso de España, hay que traer a colación los arts. 67.2 (normas de DIPr.) y 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30/11/2007), de los que se desprende que son abusivas las cláusulas de sumisión expresa “a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble”.

<sup>25</sup> Recuérdese lo expuesto en relación con la separación jurisdiccional de los grupos societarios en la nota al pie nº19.

<sup>26</sup> Por parte de un sector doctrinal se ha puesto de relieve la complejidad que resulta de los contratos de prestación de servicios *online*, debido a la dificultad de determinar el tribunal competente, que se genera en multitud de casos. Sobre este particular, debe observarse que el foro especial en materia contractual del Art. 7.1 RBI-bis responde a la existencia de una vinculación estrecha entre el contrato y el tribunal al que dicho foro atribuye la competencia judicial internacional. En el caso del contrato de prestación de servicios, la obligación que sirve de base a la demanda es la prestación de servicios y el lugar de prestación de éstos será el pactado por las partes en el contrato. De no haberse pactado dicho lugar expresamente en el contrato, el TJUE interpreta que por tal ha de entenderse el lugar donde se prestan los servicios de *facto*, si ello no es contrario al contrato. El Tribunal también ha establecido criterios ante la hipótesis de que se deduzcan distintos lugares de prestación de los servicios. El propósito del TJUE ha consistido en excluir el recurso a las normas de conflicto del foro, así como al Derecho material aplicable en virtud de tales normas. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, *Op. Cit.* pp.923-932 y P. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, *Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber amicorum Alegría Borrás)*, Madrid, 2013, pp. 291-307. También resultan ilustrativas las siguientes resoluciones: STJUE 10 septiembre 2015, *Ferho*, Asunto C-47/14 (ECLI:EU:C:2015:574), STJUE (Sala Tercera) 15 junio 2017, *Kareda*: Asunto C-249/16 (ECLI:EU:C:2017:472), STJUE 11 marzo 2010, *Wood Flour*; Asunto 19/09 (ECLI:EU:C:2010:137), STCE 9 julio 2009, *Air Baltic*, Asunto C-204/2008 (ECLI:EU:C:2009:439), y STJUE 7 marzo 2018, *Air Nostrum*, Asuntos acumulados C-274/16, C-447/16 y C-448/16 (ECLI:EU:C:2018:160).

<sup>27</sup> Se ha valorado positivamente por la doctrina la inclusión de cláusulas de sumisión expresa en los términos contractuales de este tipo de contratos, en los cuales los operadores prestan sus servicios en el ámbito internacional, como pueden ser los relativos a las redes sociales. Ello, dada la dificultad de identificar el lugar de prestación de dichos servicios. Ello, siempre y cuando no se trate de un contrato celebrado con consumidores, habida cuenta la especial protección de que son objeto éstos. *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios...cit.”.

25. En definitiva, podría considerarse que dichas cláusulas insertas en este tipo de contratos, en el caso de un “usuario/consumidor”, serían válidas y no abusivas al no mencionarse de manera directa una sumisión expresa a unos determinados tribunales y remitir dicha competencia a lo que establezca la ley de la residencia habitual del consumidor. Asimismo, las cláusulas de sumisión a los tribunales irlandeses tendrían plena validez en los términos del Art. 25 del RBI-bis, para el supuesto de un “usuario/no consumidor” y no podrían considerarse como abusivas en tanto que no merece la especial protección que se le atribuye al “usuario/consumidor”

#### IV. ¿Qué ley resulta aplicable al citado contrato?<sup>28</sup>

26. En primer lugar, hay que precisar que si el litigio se plantea ante los tribunales de un Estado miembro de la UE la norma de Derecho Internacional Privado que determinará la ley aplicable a los contratos concertados con las diferentes redes sociales será el RRI<sup>29</sup>, que recuérdese, tiene carácter universal y eficacia *erga omnes* (Art.2 RRI). El Art.3 del citado Reglamento establece en primer lugar la prevalencia de la autonomía de la voluntad, de manera que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes<sup>30</sup>. A falta de elección de ley, el contrato se gobernará por lo dispuesto en el Art.4, que en el caso de los contratos de prestación de servicios remite a la ley de la residencia habitual del prestador de los servicios<sup>31</sup>.

27. El RRI establece igualmente reglas específicas en materia de contrato de consumo en el Art.6<sup>32</sup>. El mencionado precepto también toma en consideración la autonomía de la voluntad de las partes, si bien lo hace con ciertas limitaciones. En este sentido, el Art.6.2 RRI prevé que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes contratantes, si bien, esta elección no podrá tener como consecuencia la pérdida para el consumidor de la protección que le dispensan las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor. Junto a ello, no puede desconocerse que la ley elegida por las partes ha de cumplir con los requisitos y límites que contempla el Art.3 RRI.

28. En defecto de elección de ley, el Art. 6.1 RRI dispone que el contrato se regirá por la ley del país de la residencia habitual del consumidor.

29. A la vista de las anteriores consideraciones, cabe concluir que, siendo el usuario de la red social consumidor, la elección de la ley estatal del país de su residencia habitual resulta plenamente válida, habida cuenta que no contraviene el tenor del Art.6.2 RRI. Ello, toda vez que la empresa no ha impuesto al usuario la ley de otro Estado en perjuicio de sus derechos, circunstancia ésta que trata de evitar el legislador europeo con la previsión que contiene el párrafo 2 del Art.6 RRI<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Para mayor información respecto de la ley aplicable en redes sociales, *Vid. A. MILLS “The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose law governs free speech in ‘Facebookistan’?*, Journal of Media Law, 1-35, 2015.

<sup>29</sup> Dinamarca no está vinculada por el Reglamento ni le es aplicable (Considerando núm. 46 RRI).

<sup>30</sup> Con los límites de las reglas anti-fraude, nacional y europeo (Art.3.3 RRI). Sobre este particular, resulta interesante en análisis que realiza H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: Perspectiva de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, pp. 45-67 .

<sup>31</sup> Ello, salvo que, siempre en defecto de elección de ley opere la cláusula de excepción del Art.4.3 RRI. En otro orden de consideraciones, no debe olvidarse que el concepto de residencia habitual se desprende del Art.19 y del Considerando 39 del RRI).

<sup>32</sup> El concepto de consumidor protegido por las reglas sobre contratos de consumo del Art.6 RRI coincide en lo esencial con lo explicado en relación con los arts. 17-19 RBI-bis. Del mismo modo, hay que puntualizar que tanto el RRI como las Directivas de la UE en materia de protección de consumidores se aplican a los contratos internacionales electrónicos B2C, habida cuenta que dichas Directivas no establecen normas específicas sobre ley aplicable a este tipo de contratos. Tampoco el Art.6 RRI se refiere expresamente a los contratos *online*. *Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado*, vol. II, *Op. Cit.* p.1131.

<sup>33</sup> No hay que perder de vista aquí lo dispuesto en el Art.67.1 del TRLGDCU, antes mencionada.

30. En cuanto al usuario no consumidor, carece de la especial protección que brinda el RRI a los consumidores y por consiguiente, la remisión que estipulan las distintas redes sociales al Derecho irlandés, correspondiente a la residencia habitual de la empresa prestadora de los servicios, es conforme con el Art.3 RRI<sup>34</sup>.

## V. ¿A qué órganos jurisdiccionales les corresponde decidir si es viable el establecimiento de medidas cautelares?

31. Es habitual que los litigios que surgen entre los usuarios de las redes sociales y las empresas que suministran el servicio tengan por objeto el bloqueo de la cuenta, sobre la base de algún incumplimiento de las condiciones de uso y en particular, porque el contenido resulte atentatorio contra el honor, la intimidad y la propia imagen de otras personas e incluso, pueda ser constitutivo de injurias o calumnias.

32. Frente al uso de la facultad de bloqueo que asiste a la red social, es posible cuestionarse si el usuario podría solicitar la adopción de medidas cautelares tendentes a minimizar los perjuicios causados por el cierre de su cuenta.

33. En esta materia, tratándose de medidas cautelares internacionales que deban adoptarse en el ámbito de la Unión Europea, operará lo dispuesto en el RBI-bis. En este punto, primeramente, hay que precisar que el concepto de medida cautelar es autónomo y propio del Reglamento. De este modo, por medida cautelar se entiende aquella cuya finalidad consiste en la salvaguarda de los derechos reclamados en el pleito principal mediante el mantenimiento de una situación de hecho o de derecho. Se caracterizan por ser medidas de carácter temporal e instrumental y requieren de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y de lo que se denomina *periculum in mora*, es decir, la existencia de un riesgo de transformación de la situación de hecho sobre la que ha de recaer resolución en el proceso principal, que comporte su futura inejecución, total o parcialmente<sup>35</sup>. El Reglamento ofrece dos posibilidades:

- 1ª) El usuario podrá formular su solicitud ante el Tribunal del Estado miembro que resulte competente para conocer de la demanda principal, es decir, del fondo del asunto conforme a los foros del propio Reglamento (Cons.33 RBI-bis y STJCE 17 nov. 1998, *Van Udem*, STJCE 27 abril 1999, *Mietz*). Ello, siempre que la medida cautelar interesada esté prevista en la ley del Estado del foro.
- 2ª) El usuario tiene la facultad de instar las medidas cautelares ante los Tribunales del Estado miembro en el cual deban surtir efectos dichas medidas, con arreglo a lo dispuesto en el Art.35 RBI-bis. Esto es así, incluso aunque otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro disponga de un foro que le otorgue competencia judicial internacional para entrar a dirimir el fondo del asunto principal. No obstante, para que los Tribunales de un Estado miembro puedan otorgar la tutela cautelar en virtud del Art.35 RBI-bis, es necesario que exista en el Derecho nacional de dicho Estado una norma que les atribuya competencia judicial internacional (Art.22 *sexies* LOPJ). En este caso, las medidas que se pueden acordar serán las previstas en la ley del ese Estado miembro<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Ello, a salvo lo dispuesto en el Art.9 respecto a las leyes de policía. Tampoco hay que olvidar lo previsto en el Art.3 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14/04/1998), que ordena la aplicación de la citada ley a los contratos internacionales, no suscritos por un consumidor, cuando se rijan por la ley española o “aún sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales”. Ahora bien, el mencionado precepto no se aplica cuando se trate de contratos cubiertos por el RRI que se gobiernen por una ley extranjera. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, *Op. Cit.* p.1.015.

<sup>35</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, pp.268-269.

<sup>36</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, *Op. Cit.* pp.802-803.

## VI. Reflexión final

**34.** Como se ha mencionado al principio del artículo, la libertad de expresión, la libertad ideológica, el principio de pluralismo e igualdad política, son considerados como principios y derechos fundamentales, recogidos en la Constitución Española. Derechos, que no pueden ser limitados ni prohibidos.

**35.** Hoy en día, las redes sociales son una herramienta indispensable para casi todas las personas del mundo. Estas nos permiten estar conectados las veinticuatro horas y, gracias a ellas, estamos enterados de las noticias a nivel nacional e internacional en todo momento. No obstante, estas mismas plataformas digitales que nos abren una gran cantidad de puertas y oportunidades, en las manos equivocadas, pueden convertirse en un arma de doble filo, sesgando muchos de los derechos por los que se ha luchado tanto.

**36.** El anonimato de numerosos usuarios –escondidos tras un perfil falso–, genera que, en muchas ocasiones, sean vertidos ciertos comentarios y expresiones de mal gusto que hieren la sensibilidad de ciertos colectivos sociales. Insultos, apología del terrorismo, amenazas, etc., son actitudes que están a la orden del día y no se deben tolerar ni permitir.

**37.** Por ello, dichas plataformas –conocedoras de lo acontecido–, han insertado ciertas medidas y cláusulas para paliar cualquier tipo de controversia y situación. Herramientas como la censura o el bloqueo temporal de cuentas y perfiles personales, son medidas que se suelen aplicar ante estos comportamientos. Sin embargo, antes de tomar ciertas medidas, cada supuesto debe ser estudiado y analizado de manera particular, para que no haya una vulneración de los derechos establecidos en nuestra Carta Magna. Y es que como decía Jean-Paul Sartre «mi libertad termina donde empieza la de los demás».

## RECENSIONES

GOÑI URRIZA, NATIVIDAD. *Las donaciones en Derecho Internacional Privado*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, 215 pp. ISBN 978-84-1346-981-2.

MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA  
*Profesora de Derecho Internacional Privado.*  
*Universidad de Deusto*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6024>

La donación es un modo de transmitir la propiedad *intervivos* que se instrumentaliza a través de un contrato. Su eficacia puede verse limitada por circunstancias relacionadas con el Estado civil de las partes que intervienen en el negocio jurídico, sea por razón de un matrimonio, por la constitución de una pareja de naturaleza equivalente (o no) o por el fallecimiento del donante. Todos estos elementos pueden verse afectados por diversos elementos de extranjería presentes en una concreta donación y ello convierte la institución en un reto desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

El estudio doctrinal que se ha llevado a cabo hasta el momento de las donaciones internacionales se ha centrado especialmente en dos artículos relacionados con la europeización del Derecho Internacional Privado que limitan su atención a la ley aplicable a las donaciones. Sin embargo la referencia doctrinal a las donaciones en general o a las o a las otorgadas entre los cónyuges resulta meramente tangencial. Así, varios trabajos dedicados al estudio de dichos instrumentos europeos de Derecho Internacional Privado simplemente se refieren a ellas con el fin de recordar si están o no incluidas en su aplicación material.

No existía sin embargo en nuestra doctrina un trabajo monográfico que abordara con la profundidad y la extensión que se hace en la obra de la profesora GOÑI URRIZA las cuestiones clásicas que en Derecho Internacional Privado generan un todo indisoluble que exige una valoración sistémica. En la obra que se reseña se analizan las cuestiones referidas a la jurisdicción competente, el derecho aplicable y los efectos en España de las decisiones extranjeras relativas a las distintas

controversias que pueden surgir con ocasión de la celebración de una donación, o su efectividad tanto en vida como a la muerte del donante. La obra presta además atención a la eficacia en España de las donaciones otorgadas en el extranjero y a los conflictos de leyes interregionales.

En este sentido la obra de GOÑI URRIZA viene oportunamente a colmar una laguna doctrinal muy relevante.

En consonancia con este enfoque inherente al Derecho Internacional Privado, la autora revisa la aplicación de las normas relativas a jurisdicción y la ley aplicable desde una perspectiva novedosa: En lugar de analizar la institución de las donaciones como un todo o como una institución o categoría jurídica monolítica, examina y detalla en los distintos apartados las diferentes relaciones jurídicas y materias que pueden plantear las donaciones en las situaciones con un elemento extranjero.

Realiza, por tanto, un análisis completo de las donaciones con elemento extranjero desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado dissociando los elementos de la figura, los problemas que plantea y sus posibles soluciones para, partiendo de tal disociación, elevar el análisis al conjunto de la situación y aportar en consecuencia luz a las diversas cuestiones concretas a que puede enfrentarse un operador ofreciendo pros y contras de las diversas respuestas que resultan posibles.

Desde esta perspectiva se analiza con particular detenimiento y acierto a lo largo de seis epígrafes el detalle de las distintas cuestiones que pueden suscitar las donaciones internacionales.

La monografía sigue la estructura clásica de los tres elementos clásicos del DIPR que en los

Estados miembros de la UE y la Conferencia de la Haya han asumido también como dignos de atención: la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones. Tras ellas la monografía trata también la necesaria cuestión de la eficacia en España de las donaciones otorgadas en el extranjero. Finalmente aborda incluso el análisis de las normas de conflicto internas aplicables a los conflictos de leyes interregionales.

Se analiza en primer lugar, como corresponde en cualquier controversia con elemento extranjero, la competencia judicial internacional. Este capítulo diferencia los distintos litigios que pueden surgir en relación a las donaciones y analiza la aplicabilidad a ellos de los distintos instrumentos europeos de Derecho internacional privado.

La determinación del Reglamento europeo aplicable a los distintos litigios que pueden plantearse en relación a una donación internacional requiere de un análisis en detalle del ámbito material y territorial de aplicación de los Reglamentos Bruselas I bis, el relativo al régimen económico matrimonial, el relativo a los aspectos patrimoniales de las parejas registradas y el de sucesiones. El análisis meramente normativo se acompaña del imprescindible recurso a la jurisprudencia del TJUE y a los principios interpretativos del Derecho de la UE.

Tras esta esencial cuestión se hace un reflejo panorámico de las normas reguladoras, es decir de los foros susceptibles de ser aplicados a cada uno de los litigios atendiendo al objeto del litigio y de sus normas de aplicación.

Tras el complejo y acertado estudio de los instrumentos de la Unión Europea y de las relaciones entre ellos, el último apartado de este epígrafe se dedica a la residual aplicación de las normas de producción interna para determinar la competencia judicial internacional de los jueces españoles en aplicación de los foros de la LOPJ para los litigios relativos a la capacidad de donante y donatario, principalmente.

Este estudio completo de la regulación sobre competencia permite abordar con solvencia las cuestiones de ley aplicable a las donaciones internacionales a lo que se dedica la siguiente parte de la monografía.

En ella se analizan por separado las distintas materias jurídicas que pueden surgir en una donación internacional, comenzando por la capacidad para donar y ser donatario, las relativas a los as-

pectos contractuales, la incidencia del matrimonio o de la pertenencia a una unión registrada, así como los efectos del fallecimiento del causante sobre la eficacia de la donación hecha en vida. Finalmente se analiza la determinación de la ley aplicable a la eficacia jurídico real de las donaciones con elemento extranjero.

Como es lógico esta parte también resulta necesario identificar el instrumento de Derecho Internacional privado aplicable a la materia por lo que nuevamente se dedica la requerida atención a analizar las normas de conflicto de los Reglamentos Roma I, el relativo al régimen económico matrimonial, el relativo al patrimonio de las parejas registradas y al sucesorio.

A continuación, se realiza un análisis del artículo 10.1CC para determinar la Ley aplicable a los asuntos jurídico-reales de la donación.

La determinación de la ley aplicable a las distintas cuestiones que inciden en una donación es crucial a la hora de planificar el otorgamiento de una donación que vaya a producir efectos en otro país, bien porque el bien inmueble está situado en otro país o porque puede resultar aplicable una ley a la sucesión del donante que limite su eficacia.

Como elemento esencial del sistema que genera cualquier relación de derecho internacional privado, la monografía aborda la cuestión de la eficacia en España de las decisiones extranjeras relativas a las donaciones. De manera necesaria, distingue el régimen de las resoluciones judiciales que deben tratarse desde el aspecto del reconocimiento y la ejecución, del régimen de las donaciones otorgadas en el extranjero.

Se incluye finalmente un capítulo dedicado a los conflictos de leyes interregionales en el que se aborda la aplicación de las disposiciones de las normas de conflicto del CC a las distintas cuestiones jurídicas que pueden plantearse como la capacidad, las obligaciones contractuales, los efectos del régimen económico matrimonial y la afectación de la muerte del donante sobre la donación.

Como valoración general de la obra puede decirse que su principal aportación es el tratamiento global de los tres aspectos clásicos del Derecho Internacional Privado en las distintas controversias jurídicas que puede presentar una donación con elemento extranjero. El valor añadido de la obra es el análisis de carácter teórico y práctico de los problemas de Derecho Internacional privado que puede presentar la institución de la donación internacional. Esta obra resulta así útil para el ju-

rista, sea abogado, juez o notario que se enfrenta a una donación con elemento extranjero.

La autora ofrece propuestas sólidas y fundadas de interpretación de las normas europeas de Derecho Internacional Privado aplicables atendiendo a los criterios interpretativos que ha utilizado el Tribunal de Justicia y llega a conclusiones sobre la aplicación de los reglamentos a los distintos litigios y materias en virtud del objeto del litigio y la naturaleza de los derechos que se tratan de salvaguardar. El enfoque de identificar los problemas en cada caso concreto sin partir de la idea de que existen distintas categorías de donaciones sino litigios y aspectos concretos de la relación jurídica

respecto de los cuales hay que determinar la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la eficacia en España resulta especialmente sugerente y ofrece soluciones eficientes a los operadores que se enfrenten a problemas de la realidad actual.

Los planteamientos y las reflexiones y las conclusiones a las que llega la obra son el resultado de un trabajo sólido de investigación.

Las conclusiones a las que llega la autora son fruto de un profundo conocimiento del sistema de Derecho Internacional Privado y de un espíritu crítico y de un análisis exhaustivo y sólido de las cuestiones jurídicas de las donaciones en Derecho Internacional Privado.

R. PISILLO MAZZESCHI. *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, Giappichelli, 2020, 412 p. ISBN 978-88-9213-251-1.

GIUSEPPE CATALDI

*Catedrático de Derecho Internacional*

*Universidad de Napoli "L'Orientale"*

ORCID ID: 0000-0002-1799-1272

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6025>

El siglo pasado ha realizado una codificación completa de las normas sobre los derechos humanos, partiendo del concepto de "dignidad", repetido varias veces en los treinta artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en respuesta a los estragos de la Segunda Guerra Mundial. La violación de un derecho en un país comenzó a percibirse como tal en todas partes del mundo, como profetizó KANT. Éste es también el sentido de la vocación "universalista" de los derechos. Pero esto todavía no es suficiente, el camino no está completamente terminado. El presente siglo, después del siglo de la codificación, debería ser el siglo de la eficacia, de la afirmación concreta y plena; es decir, de la transformación completa de estos derechos en *legal rights* con plena efectividad, según el auspicio de NORBERTO BOBBIO.

Sin embargo, el balance de las dos primeras décadas del milenio no parece muy prometedor. En este contexto, las adhesiones de carácter meramente formal a las Convenciones internacionales (fenómeno que se observa sobre todo en los países en desarrollo), y la hipocresía de la "externalización" del "trabajo sucio" a otros países o lugares fuera de la jurisdicción del Estado (es el caso de la tortura, por ejemplo, si pensamos en las consecuencias de las llamadas *Extraordinary Renditions* o el caso de los detenidos en espera de juicio en la Bahía de Guantánamo), hasta la gestión de los migrantes (y aquí nuestro pensamiento se dirige al *Statement* de los Estados miembros de la Unión Europea con Turquía de 18 marzo 2016 y a los acuerdos bilaterales, como el « Memorandum » Italia-Libia de 2 febrero 2017, con Estados

que no garantizan la protección de los derechos fundamentales). Además, el "soberanismo" que prevalece en Europa relega actualmente la solidaridad a una mera referencia ética y no a una obligación jurídica, aunque esté escrita con grandes letras en los "textos sagrados" de la Unión Europea. Por último, la pandemia del Covid-19 ha impuesto restricciones a las libertades personales, aunque comprensibles y ampliamente justificables, que, sin embargo, cuestionan continuamente los límites entre las necesidades colectivas y los derechos individuales.

Precisamente ante el preocupante retroceso de los logros en materia de afirmación de los derechos humanos que se han ido alcanzando progresivamente durante la segunda mitad del siglo pasado, parece más apropiado que nunca un libro que pretende ambiciosamente distanciarse de la estructura ya consolidada de los manuales de derechos humanos - una estructura que, cabe destacar, viene impuesta en gran medida por los sistemas de enseñanza vigentes en las universidades europeas y en otros lugares - e intenta combinar las exigencias didácticas con otras más propiamente científicas. De hecho, el panorama de los manuales sobre la protección internacional de los derechos humanos que ofrece la literatura tiende a centrarse en la descripción de los sistemas convencionales, desde los universales hasta los regionales, y más raramente también en su funcionamiento a la luz de la práctica de los órganos de supervisión supranacionales y la jurisprudencia interna, extendiendo a veces el análisis a algunos derechos humanos específicos. La obra que aquí se examina parte, en primer lugar, de la consideración de que gran parte de esta

información y descripciones son ahora fácilmente accesibles en Internet y que, en cambio, un texto es más útil para la formación de los estudiantes, instándoles a reflexionar a fondo sobre los conceptos y las diferentes tesis y marcos sistemáticos que están en la base de las opciones normativas y su aplicación. El autor, en definitiva, partiendo de la necesaria complementariedad e indivisibilidad entre los fines didácticos y los científicos, se propone ofrecer un panorama exhaustivo del tema reuniendo en el volumen teoría y práctica (de ahí el subtítulo de la obra). En nuestra opinión, esta elección es ciertamente bienvenida; aunque inevitablemente conlleve riesgos y límites. Como trataremos de demostrar a continuación, este volumen merece un sincero agradecimiento por el análisis oportuno, completo y profundo de las cuestiones de derechos humanos. Sin embargo, esto no quita que, desde el punto de vista didáctico, parezca, en nuestra opinión, más adecuado para los estudiantes de los cursos de maestría o doctorado que para los estudiantes del primer o segundo ciclo de estudios universitarios. Pero esto no es un límite que se atribuya a la obra, sino todo lo contrario. Este libro, de hecho, llena un vacío al lograr satisfacer las necesidades de un público muy específico de estudiantes y estudiosos, es decir, personas que ya tienen una formación jurídica básica y aspiran a perfeccionar sus conocimientos sobre el tema. Se trata del aspecto didáctico. En cuanto al valor científico de la obra, son válidas las siguientes consideraciones sobre la estructura y el contenido específico.

El volumen consta de seis capítulos. En el primer capítulo, después de dar cuenta de la evolución histórica de los derechos humanos, el autor, en la sección dos, se ocupa de la cuestión de la repercusión de los derechos humanos en el Derecho internacional. Se trata de una cuestión importante, que no siempre se profundiza en la literatura, y cuyo tratamiento permite al autor desarrollar lo que parece ser el *leitmotiv* principal de la obra. Su convicción, de hecho, es que el Derecho internacional de los derechos humanos no debe estudiarse como un régimen jurídico específico, separado y autónomo del sistema general de Derecho internacional, sino como un régimen plenamente insertado en el ordenamiento jurídico internacional, y que ha tenido y tiene una fuerte repercusión en la estructura y el contenido del Derecho internacional contemporáneo. A este respecto, el autor compara dos teorías. Por una parte, la teoría que pertenece a los estu-

diosos que, adhiriéndose a una concepción “particularista” del Derecho internacional, conciben el sistema internacional de derechos humanos como un régimen “autónomo”, cerrado y autosuficiente, admitiendo así de manera muy limitada la posibilidad de recurrir al Derecho internacional general; por otra parte, la posición, a la que se adhiere el autor, de los estudiosos llamados “generalistas” o “universalistas”, que consideran el Derecho internacional como un sistema jurídico unitario, completo y coherente. Es evidente que esta oposición evoca, en el ámbito de los derechos humanos, el debate sobre la supuesta “fragmentación” del Derecho internacional, objeto de un conocido informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas elaborado por M. KOSKENNIEMI y no exento de críticas en la doctrina (para todos ellos, véase B. CONFORTI, “Unité et fragmentation du droit international: glissez, mortels, n’appuyez pas”, *Revue générale de Droit international public*, 2007, p. 5 y ss.). Las conclusiones sobre el punto del autor, que ciertamente parecen convincentes, se basan en un examen de la realidad del Derecho internacional contemporáneo, realidad que muestra la influencia del desarrollo de la teoría de los derechos humanos en la estructura misma del orden jurídico internacional, así como, específicamente, en las distintas esferas del Derecho internacional. Este último, de hecho, gracias a los derechos humanos se ha convertido en el Derecho de la cooperación y no sólo de la coexistencia, y en el Derecho de los individuos y no sólo de los Estados (y esto independientemente de si se adhieren o no a la teoría de la subjetividad internacional de los individuos), afectando también al régimen de responsabilidad de los Estados y contribuyendo al desarrollo de los conceptos de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*. En realidad (p. 20/21 en particular), el análisis del autor resulta a veces demasiado complejo a nuestro juicio, en detrimento de la fluidez del discurso, sobre todo al detenerse en el contenido y las diferencias entre los diversos informes de la Comisión de Derecho Internacional. Pasando a las áreas, el autor destaca el importante impacto en el Derecho ambiental internacional, el tratamiento de los extranjeros, la protección diplomática y las cuestiones de inmunidad. Por último, parece importante que el autor haya subrayado la confluencia del Derecho internacional humanitario y los derechos humanos, ya que la idea de que los derechos humanos no se aplican en caso de conflicto armado es obsoleta.

A continuación se desarrolla el discurso sobre la repercusión de los derechos humanos en el Derecho internacional con referencia en particular a las fuentes, en el capítulo dos. Este capítulo parece particularmente interesante, así como convincente y original, y no sólo en relación con los derechos humanos. Aquí, de hecho, el autor se ocupa de cuestiones más generales que afectan a todo el Derecho internacional, como la existencia de las categorías de “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civiles *in foro domestico*”, los “principios generales de Derecho internacional” y las normas sobre su detección y valor. Se destaca la especial importancia que asume el *soft law* en el campo de los derechos humanos, campo que no es casualidad que a partir de normas de esta naturaleza, las contenidas en la Declaración Universal de 1948, se haya desarrollado en el último siglo. Incluso los tratados, señala el autor, tienen un carácter peculiar en este ámbito, y ello se debe a la preeminencia del individuo y a la universalidad de los derechos humanos. La “especialidad” de los derechos humanos, que según el autor significa la aparición de normas particulares que complementan o derogan las normas tradicionales del Derecho de los tratados debido a las dos características que se acaban de mencionar, queda confirmada por el análisis de la práctica, que por lo tanto contradice otras teorías, como: a) la tesis de que siempre son obligaciones *erga omnes*; b) el carácter objetivo de las obligaciones convencionales; c) el carácter vinculante de todas las normas de derechos humanos; d) el carácter constitucional de los tratados de derechos humanos. La conclusión es que, inspirados en los dos principios de la preeminencia del individuo y la vocación universalista de los derechos humanos, los tratados en esta materia tienen dos características importantes: se dirigen también de manera directa y formal a los individuos y establecen obligaciones *erga omnes partes*. De ello se desprende que el régimen jurídico de protección de los particulares establecido por medio de los tratados tendencialmente no puede ser modificado unilateralmente por el Estado, donde para nosotros el adverbio “*tendencialmente*” aparece como decisivo, ya que no podemos aún excluir completamente que esto pueda suceder. El análisis, ciertamente convincente, del autor, continúa luego (p. 50 y ss.) abordando los efectos de los dos principios de la primacía del individuo y de la universalidad de los derechos humanos en el régi-

men de estabilidad y continuidad de los Tratados: a) sobre el tema de las reservas, y aquí se valora acertadamente la práctica innovadora de los tribunales supranacionales (en primer lugar el Tribunal de Estrasburgo con su jurisprudencia *Belilos*) que tiene por objeto promover la universalidad de los derechos humanos y, por tanto, la mayor participación y preferencia del interés de los particulares sobre el de los Estados, reduciendo así la discrecionalidad de estos últimos; b) sobre el tema de la sucesión, con la afirmación de la presunción de sucesión automática en los tratados multilaterales de derechos humanos en lo que respecta a la posición de las personas; c) sobre el tema de la extinción del tratado debido a una violación grave por la otra parte; d) sobre el efecto de los conflictos armados en los tratados de derechos humanos, con sujeción a la continuidad también debida a la afirmación expresa de la Comisión de Derecho Internacional; e) sobre la interpretación de las normas relativas al retiro imprevisto (que se deben interpretar siempre en interés de la persona). Siguiendo con el tema de la interpretación, pero en general, de las normas de los tratados de derechos humanos, el autor destaca algunos conceptos de importancia fundamental que se han establecido en la práctica y la jurisprudencia de los órganos de supervisión supranacionales, a saber, la necesidad de una interpretación evolutiva, ya que estas normas están en perenne evolución, y la limitación, si no la exclusión, de las interpretaciones unilateralistas, así como la necesidad de que los órganos de control mencionados recurran a conceptos que no se ajustan a la clasificación, a menudo divergente, que las leyes internas de los Estados contratantes atribuyen a determinados conceptos (como ley, víctima, acusación, etc.). Los dos principios rectores de la primacía del individuo y de la universalidad de los derechos humanos se encuentran con ciertos límites en los que, por supuesto, la injerencia del Estado es legítima para proteger los intereses colectivos. Por consiguiente, el autor (p. 65 y ss.) enumera, describe y critica estos límites, que están constituidos por la subsidiariedad, por las cláusulas de restricción y derogación, por la aplicación de la teoría del margen de apreciación. Por último, es muy interesante el análisis de las repercusiones del desarrollo de los derechos humanos en el funcionamiento de las facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ampliadas y limitadas al mismo tiempo - piénsese en las denominadas *smart sanctions* - y en la le-

gislación de la Unión Europea, respecto de la cual los derechos humanos han afectado al nivel de los principios generales.

En el capítulo tres (p. 91 y ss.), el autor examina a fondo la titularidad y el contenido de los derechos humanos y las obligaciones internacionales conexas. El tema central de la primera parte es el de la posición del individuo, siempre actual y muy controvertida, es decir, si puede calificarse sólo como “beneficiario *de facto*” de las normas de derechos humanos o, por el contrario, como titular de las mismas. Obviamente la solución depende de si se acepta o no la subjetividad internacional del individuo. El autor tiende a la afirmación de esa subjetividad, argumentando, como es habitual para los defensores de esta teoría, también sobre la base del desarrollo del derecho penal internacional. Quien escribe esta reseña es mucho más escéptico a este respecto, también a la luz de la práctica más reciente de la contracción de las garantías individuales en muchos Estados, incluso europeos, sin que la sociedad civil haya podido influir mucho. Pero el debate, como es bien sabido, sigue abierto. A continuación, el autor examina las diversas distinciones que se suelen hacer sobre el tema (las denominadas “generaciones” de derechos, obligaciones de resultado y de diligencia debida, obligaciones negativas y positivas, derechos de realización progresiva, etc.). Estas categorías - algunas de las cuales, señala el autor, tienen poco valor técnico-jurídico y conceptual-sistemático - se abordarán luego en los capítulos quinto y sexto, cuando el tema de examen sean los derechos humanos individuales. Como reiteraremos más adelante, la verificación constante del recurso de estas categorías con respecto a los derechos individuales tomados en consideración no es, en nuestra opinión, indispensable y pesa en el discurso. La tercera sección del capítulo (pp. 115 y ss.) se dedica finalmente al ámbito espacial de las obligaciones y, por lo tanto, las tres formas de jurisdicción que puede ejercer el Estado (jurisdicción territorial; jurisdicción extraterritorial del Estado; jurisdicción con efectos extraterritoriales) se analizan a la luz, en particular, de la jurisprudencia de los órganos de control supranacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos *in primis*) sobre la jurisdicción. Hay numerosos e interesantes casos de la práctica a los que se hace referencia correctamente, desde las sentencias *Loizidou*, *Bankovic*, *Soering* e *Hirsi* del Tribunal de Estrasburgo hasta los conocidos casos de *Extraordinary Renditions*.

En coherencia con su intención, anunciada al principio del volumen, de no describir en detalle el funcionamiento de los sistemas convencionales de derechos humanos, el autor ofrece en el capítulo cuatro sólo un marco resumido de esos sistemas, a nivel universal y regional, y luego se refiere en los capítulos siguientes al examen de los derechos humanos individuales. La estructura general de la obra no se resiente ciertamente de tal elección, también porque toda la información esencial está presente, los procedimientos y las prácticas de los órganos de control se analizan con exhaustividad, y la comparación entre los sistemas regionales es también esclarecedora para una comprensión correcta y completa de los fenómenos tratados (por ejemplo, en las pp. 177 y ss., sobre las razones de la falta de desarrollo de las iniciativas convencionales en Asia comparables a las de otros contextos regionales).

En los dos últimos capítulos el autor se dedica al contenido sustancial de los derechos humanos internacionales, haciendo una división entre los derechos humanos fundamentales, a los que se dedica el capítulo cinco, y “otros derechos humanos”, que se tratan en el sexto y último capítulo. En cuanto a los primeros, la conclusión del autor es que son los previstos por el derecho internacional general; dentro de ellos, un núcleo más estrecho presenta el carácter de *ius cogens*. A partir de una análisis transversal de la práctica internacional, el autor se dedica a los derechos individuales para afirmar su pertinencia, o no, como regla de Derecho internacional general de cada uno de ellos. El intento es admirable pero tal vez demasiado ambicioso; porque, en muchos casos, habría requerido un análisis también de la práctica interna, judicial y normativa. Se revisan y comentan los derechos individuales pertenecientes a esta categoría, divididos entre los relativos a la vida y la integridad de la persona (p. 192 y ss.), las necesidades básicas y los derechos de subsistencia (p. 242 y ss.), la libertad y la seguridad (p. 260 y ss.), la protección judicial (p. 270 y ss.), la identidad esencial (p. 294 y ss.) y la protección e identidad de los pueblos (p. 305 y ss.). Puede resultar sorprendente incluir esta categoría de derechos colectivos en un catálogo de derechos individuales, pero el autor lo argumenta con la necesidad de no limitarse al enfoque individualista de tipo occidental, que es ciertamente dominante, sino de completar el examen de los derechos fundamentales también con ellos, dada la importancia que asumen sobre todo el principio de la autodeter-

minación de los pueblos y la prohibición del apartheid, ambos convertidos en normas de *ius cogens*.

En cuanto a los “otros derechos humanos” (capítulo VI, p. 313 y ss.), se señala oportunamente que estos derechos no deben subestimarse. Por ejemplo, el debate sobre los derechos de propiedad es bien conocido. Si bien es indudablemente correcto señalar la existencia de un conjunto de derechos humanos muy fundamentales de los que este derecho no forma parte, hay que tener en cuenta que, si queremos incluir la libertad individual entre los principales derechos humanos naturales, no debemos olvidar que la propiedad privada es la expresión más elevada del derecho a la libertad (para más detalles, véase G. CATALDI, “Brevi osservazioni sul diritto di proprietà nella CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo”, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 243 y ss.). Las categorías analizadas son las siguientes: a) vida privada y familiar; b) actividades intelectuales y culturales; c) actividades políticas; d) actividades económicas; e) libertad de circulación. Por último, en este capítulo también se da cuenta de los derechos colectivos y los derechos humanos que se caracterizan por el entrelazamiento de los intereses individuales y públicos. Se clasifican como “objetivos generales” o programáticos (paz, desarrollo, recursos naturales, democracia, buen gobierno en el pri-

mer caso; seguridad - para las personas y no para los territorios - y el derecho a un medio ambiente sano en el segundo caso), a veces necesarios para la afirmación de los derechos humanos, pero que no dan lugar a obligaciones jurídicas en virtud del Derecho internacional.

En conclusión, hay muy pocos y no decisivos límites que, en nuestra opinión, se puedan ver en este trabajo. En gran medida ya se han señalado, en particular algunas páginas de lectura menos fluida; porque son objeto de un examen a fondo no indispensable por parte del autor de cuestiones tal vez no esenciales. A esto hay que añadir el hecho de que, en opinión de quien escribe esta recensión, las notas a pie de página hacen la obra aún más pesada, sobre todo las de la doctrina. ¿Por qué no eliminarlas o limitarse a las referencias a la práctica, en particular a la práctica jurisprudencial? Es también inevitable, ya que es un libro que también condensa todos los años de estudio y producción científica en la materia, que el autor de esta manera termina por auto-citarse constantemente. Pero estos son pequeños inconvenientes que podrían ser rápidamente remediados en una posible segunda edición. Sigue siendo el resultado que el autor ofrece a la comunidad científica internacional una obra preciosa, completa y sólida, con un esquema original, fruto de años de estudio en el campo de los derechos humanos.

SIERRA NOGUERO, ELISEO. *Manual de Derecho Aeronáutico*.  
Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 315 pp.

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ  
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6026>

La obra de Eliseo Sierra Noguero es el único Manual de Derecho aeronáutico que recoge la normativa existente sobre Derecho aéreo de forma actualizada. Todo ello es realizado con gran claridad y maestría, teniendo en cuenta que se trata de un tema en el que la regulación es muy amplia y compleja.

Con esta obra el autor pretende ofrecer un enfoque práctico sobre la gran variedad de aspectos que engloba el Derecho aeronáutico. Por ello, en cada uno de los once capítulos que la componen se encuentran de manera ordenada las distintas fuentes normativas, internacionales, europeas y nacionales.

Además, al abordar sus instituciones de marcado carácter técnico, es un texto de especial interés tanto para juristas como para no juristas, que bien pueden ser economistas, ingenieros aeronáuticos o graduados en otros estudios universitarios.

En el primer capítulo se recogen el concepto y el régimen jurídico del Derecho aeronáutico. En el mismo, se desglosan las distintas normas jurídicas que regulan la navegación aérea. Se trata de normas fundamentalmente de Derecho administrativo y normas de Derecho mercantil, pero también de otras ramas del Derecho, como el Derecho laboral, el Derecho penal o el Derecho internacional privado. Si bien, se debe destacar que esta última disciplina jurídica no suele ser incluida en las obras existentes sobre la materia, lo cual le aporta un valor añadido. Se estudian, por tanto, las abundantes normas internacionales y de la Unión Europea, pues un rasgo distintivo del Derecho aeronáutico es su carácter internacional. Aunque se explica la legislación básica español-

la ya anticuada, como son la Ley de Navegación Aérea y la Ley de Seguridad Aérea, se añade la regulación, que en realidad se aplica actualmente, a través de Reales Decretos, Órdenes y Circulares. Por último, se debe destacar en este capítulo la importancia que el autor le otorga a las costumbres internacionales, que pueden llegar a ser de cumplimiento obligatorio, cuando las asociaciones profesionales o empresariales, como la IATA, crean cláusulas contractuales o prácticas del sector seguidas de forma masiva.

A partir del capítulo segundo, la obra puede dividirse en dos partes. En una primera parte, que comprendería hasta el capítulo séptimo, se abordan principalmente todos los aspectos recogidos en normas de Derecho administrativo, tales como las libertades del aire o la regulación de los aeropuertos. Mientras que, en la segunda parte, desde el capítulo octavo hasta el undécimo, se explica el régimen jurídico de los tipos de contratos relacionados con la materia, ya sea el contrato de compraventa de aeronaves o el contrato de transporte aéreo comercial de personas y mercancías, por lo que aquí, son de aplicación también ciertas normas de Derecho privado, especialmente de Derecho mercantil.

Así pues, en el capítulo segundo, el autor desarrolla los distintos organismos e instituciones que intervienen en la navegación aérea. Esta tarea no es sencilla, si se tiene en cuenta que el número de interlocutores que interfieren en la navegación aérea es elevado, al tener que desarrollarse cumpliendo con los máximos estándares de seguridad. Aunque los organismos son mencionados en cada capítulo, son analizados de forma autónoma en

este capítulo. El más importante es la OACI por su carácter internacional como organismo especializado de la ONU para la aviación civil internacional. También en Europa han surgido conferencias o instituciones esenciales como la EASA, la CEAC o Eurocontrol. En España, la organización aeronáutica administrativa la asume principalmente el Ministerio de Fomento, que cuenta con órganos como la AESA o ENAIRE.

El tercer capítulo de especial importancia se dedica al tráfico aéreo y a dos de sus principios esenciales. Por un lado, se encuentra el reconocimiento normativo de la soberanía de cada Estado sobre su espacio aéreo, pues ha de establecerse la gestión de los espacios no susceptibles de apropiación, como el Alta Mar. Por otro lado, se hallan las libertades del aire, que establecen en qué condiciones las aeronaves extranjeras pueden acceder al espacio aéreo soberano y a sus aeropuertos, tanto esporádicamente y por razones técnicas, como de forma regular y por razones comerciales de transporte de personas, mercancías y pasajeros.

En el capítulo cuarto, se aborda el Derecho de la circulación aérea y de los servicios de navegación aérea que cada Estado se compromete a prestar a los usuarios dentro del marco de su soberanía o control, con el fin de garantizar la eficiencia y la seguridad en la navegación aérea. Esta es una materia muy densa y de un marcado carácter administrativo y técnico; pero es muy relevante pues establece la forma en que debe desarrollarse la circulación, así como los medios y servicios de control, información o alerta, entre otros.

Los aeródromos y aeropuertos, como infraestructuras esenciales, son el objeto del capítulo quinto. En el mismo se aborda la regulación normativa de cuestiones como su constitución, su certificación, las relaciones urbanísticas con su entorno, las servidumbres aeronáuticas, la gestión de los mismos, su participación en los servicios de navegación aérea, la distribución de horarios o franjas aeroportuarias para despegar y aterrizar, los servicios de handling de las aeronaves y de los demás usuarios del aeropuerto, entre otras. Tales aspectos son regulados esencialmente por normas de Derecho administrativo, pero algunos temas sobre contratos y determinadas relaciones están sometidas al Derecho privado.

El sexto capítulo trata fundamentalmente sobre el empresario de la navegación aérea. Las compañías aéreas de la Unión Europea que se dediquen al transporte comercial deben solicitar una autori-

zación administrativa para poder constituirse. En particular, deben obtener el certificado de operador aéreo y la licencia de explotación, para lo cual debe realizarse un procedimiento administrativo ante las autoridades públicas donde la compañía tiene su establecimiento principal.

La aeronave es el objeto del capítulo séptimo, en el que se distingue entre las aeronaves de Estado y las privadas. Como se trata de un vehículo capaz de volar por el aire, es necesario obtengan una certificación para poder navegar por el espacio aéreo. Por lo tanto, el autor explica la detallada reglamentación, principalmente de carácter técnico. Se debe destacar de la misma, que toda aeronave debe inscribirse en un registro administrativo, con el fin de que obtenga la nacionalidad del Estado en el que está matriculado. Las aeronaves españolas tienen que inscribirse en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, pero además como bienes muebles que son, han de inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, que recoge la titularidad, las cargas y gravámenes existentes sobre las mismas.

En el capítulo octavo se aborda el régimen jurídico de la adquisición de la aeronave, que bien puede realizarse mediante un contrato de construcción o de compraventa. A partir de este capítulo se exponen cuestiones más próximas al Derecho privado que al Derecho administrativo. En este capítulo se explica cómo funciona el Registro de Bienes Muebles, no sólo en lo que respecta a la primera titularidad de la aeronave, sino también en relación con los cambios de titularidad y otros. Se debe destacar la importancia del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo aeronáutico, cuyo objetivo es proteger las garantías internacionales que pueda ostentar un acreedor sobre los motores o las células de aeronaves; y en el que el Registro Internacional en el que deben inscribirse dichas garantías es un pilar fundamental para el correcto funcionamiento del Sistema de Ciudad del Cabo.

Los contratos de arrendamiento son recogidos en el capítulo noveno, pero no sólo las normas jurídicas escritas en relación a los mismos, sino también cuáles son las prácticas aeronáuticas, las cuales constituyen fuente de Derecho. Si bien lo habitual es que los contratos sean redactados al detalle, con el fin de evitar litigios y que los tribunales competentes tengan que determinar la ley reguladora del contrato. En este sentido, la labor de la IATA es esencial tanto en este tipo de contrato como en otros. Entre los contratos de arrendamiento de aeronaves, el autor distingue entre los

contratos de arrendamiento sin tripulación (*dry lease*) y los contratos de arrendamiento con tripulación (*wet lease*), que se diferencian en que en estos últimos el arrendador mantiene su condición de operador aéreo.

En los dos últimos capítulos el autor se centra en la responsabilidad civil derivada del transporte comercial de pasajeros y mercancías, así como en los seguros que cubren dicha responsabilidad. Así, en el capítulo décimo, se estudia el Convenio de Montreal de 1999 como norma de referencia de la Unión Europea en el transporte de pasajeros, por su incorporación al acervo comunitario mediante el Reglamento (CE) 889/2002. Aunque dicha norma establece los derechos de compensación de los pasajeros en caso de accidente, también señala los límites de indemnización y bases de imputación comunes para las compañías aéreas. Además, el autor incluye en este capítulo el régimen jurídico europeo de la indemnización por retraso en la salida, por la cancelación del vuelo y por el overbooking. El capítulo incluye finalmente el régimen del

contrato de transporte de mercancías, recogido tanto en el Convenio de Montreal de 1999, como en el Convenio de Varsovia de 1929, con enmiendas.

Por último, en el capítulo undécimo se analiza el régimen jurídico tanto de los seguros obligatorios de responsabilidad civil por daños a pasajeros, mercancías y en la superficie; como de los seguros voluntarios de cascos (*hull*). Se tratan también en este capítulo las normas de Derecho público de creación del sistema de búsqueda y salvamento (SAR); y de la investigación de accidentes e incidentes aeronáuticos. El autor termina su obra con la exposición del régimen nacional e internacional sobre interceptación ilícita de aeronaves (*security*).

En definitiva, se trata de un texto en el que se recoge un trabajo minucioso y de gran complejidad realizado por el profesor Eliseo Sierra Noguero. Por lo que, puede afirmarse que será una obra de relevante impacto, lectura obligada y consulta imprescindible para todos los operadores jurídicos y no jurídicos que quieran aprender sobre Derecho aeronáutico.

ESTHER ARROYO AMAYUELAS, SERGIO CÁMARA LAPUENTE (Dir.) *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2020, 536 págs. ISBN 978-84-9123-845-4

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN  
*Catedrática de Derecho civil*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6027>

La creciente digitalización tanto de las relaciones contractuales como de las propias relaciones sociales, unido los disruptivos cambios provocados por la tecnología suponen grandes retos para el Derecho privado. La obra que se comenta aborda, de manera novedosa, clara y sistemática, pero también crítica, muchos de estos retos. Proporciona un panorama general de la situación, ofrece respuesta a muchas de las interrogantes que se suscitan y, lo que es igualmente importante, apunta incoherencias de la regulación y problemas no resueltos que precisan solución.

El libro recoge las ponencias presentadas en el Congreso celebrado en Barcelona los días 3 y 4 de octubre de 2019, como fruto de la colaboración entre el Proyecto DER2017-84747-R desarrollado en la Universidad de la Rioja y la cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo de la Universidad de Barcelona. Al conjunto de esas ponencias se han agregado otras tres contribuciones que completan el elenco de cuestiones analizadas

La obra se estructura en cinco bloques temáticos con los que se pretende abarcar los distintos ámbitos del Derecho privado en los que actualmente se aprecia un mayor impacto de las nuevas tecnologías. El primer bloque se centra en el análisis de las recientes Directivas 2019/770 sobre contenidos y servicios digitales (en adelante DCSD) y sobre compraventa de bienes de consumo (Dir. 2019/771, en adelante DCV) que, si bien ofrecen soluciones a los problemas de falta de conformidad de los bienes y servicios adquiridos, también arrojan muchas dudas que es preciso resolver. La segunda parte del libro pone el foco en el destino de los datos personales en el ámbi-

to de los servicios digitales, cuestión de enorme actualidad e interés, dado que la proliferación de modelos de negocios que ofrecen bienes y servicios aparentemente gratuitos pero que no lo son en realidad (el usuario consiente la utilización de sus datos a modo de contraprestación y en muchos casos no es consciente de ello) suscita muchas dudas en torno a su adecuación a la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Por otra parte, el imparable desarrollo del comercio electrónico y la aparición de plataformas on line ha alterado el modelo de negocios tradicional y la forma de acceso a bienes y servicios lo que plantea numerosas interrogantes. Además, muchas de estas plataformas tienen como fin facilitar el intercambio de archivos y contenidos entre los usuarios, multiplicando así las posibilidades de infracción de derechos de propiedad intelectual ajenos. A estos temas se dedican, respectivamente, la tercera y cuarta sección del libro. El último apartado del mismo encara algunos retos futuros como la identidad digital y la conducción autónoma.

El primer bloque, relativo a los contratos sobre contenidos digitales, servicios digitales y compraventa de bienes y consumo, comienza con un estudio de las Directivas 2019/770 y 2019/771, realizado por Jorge Morais Carvalho, que aclara cuáles son los aspectos concretos que, pese a tratarse de Directivas de máximo, los Estados miembros tienen cierta libertad para regular. Resalta las novedades incorporadas y pone de manifiesto que la jerarquización de los remedios para la falta de conformidad llevará a una disminución del nivel de protección en algunos países como Portugal. A continuación, Christian Twigg-Flesner analiza

críticamente los requisitos de conformidad previstos en las mencionadas directivas distinguiendo según que se trate de bienes o de contenidos y servicios digitales. Incide, en particular, en los elementos a valorar para determinar las “razonables expectativas” del consumidor y cuestiona que no se tengan en cuenta para configurar tales expectativas las declaraciones públicas de personas participantes en la cadena de distribución, distintas del vendedor/suministrador, si éste no las conocía. Por otra parte, considera que, en su conjunto, ambas Directivas mantienen un planteamiento demasiado tradicional que, al tratarse de Directivas de máximos, deja poco margen a la innovación por parte de los Estado miembros. En la siguiente contribución Lidia Arnau Raventós explora los remedios por falta de conformidad cuando en la compraventa o en el suministro de contenidos digitales existe pluralidad de prestaciones. Se centra en el supuesto de pluralidad objetiva simple (el contrato tiene como objeto distintas prestaciones uniformes) y analiza la posibilidad de aplicar los remedios para la falta de conformidad a la entrega una cantidad de bienes inferior a la debida. A continuación, aborda el supuesto en que hay una falta de conformidad que afecta sólo algunos de los bienes entregados, en cuyo caso cabe plantear si procede la resolución total o parcial del contrato. El cuarto trabajo de este apartado, del cual es autora Beate Gsell, versa sobre los límites temporales de los remedios para la falta de conformidad previstos en las DCSD y DCV, poniendo de manifiesto las discordancias existentes en dicha regulación, en la que existen diferencias según que se trate de bienes o contenidos digitales y según que los contratos sean de tracto único o sucesivo. Así, por ej., mientras que en el contrato de compraventa de bienes que incorporan elementos digitales el defecto debe aparecer, en principio, en el plazo de dos años desde la entrega, cuando los elementos digitales ínsitos en el bien comprado se suministran de modo continuo durante un periodo, el defecto puede aparecer a lo largo de todo ese periodo.

Entrando ahora en el segundo bloque temático, la primera contribución es un trabajo de Axel Metzger, que analiza aquellas cuestiones que la DCSD traslada a los legisladores nacionales (v. gr. determinación de cuándo se ha celebrado un contrato; requisitos de validez; cláusulas abusivas...) para, seguidamente, estudiar el modelo de mercado basado en la utilización de datos personales de

los usuarios. Aunque la DCSD ha evitado calificar los datos personales como “contraprestación”, es evidente que lo reconoce como una práctica habitual en el mercado (de ahí que amplíe su ámbito de aplicación al supuesto en que el consumidor obtiene contenidos o servicios digitales a cambio de sus datos). Pero este modelo de mercado, explica el autor, tiene ciertos fallos como la falta de información o de competencia entre las distintas empresas que deben ser subsanados. A continuación, Sergio Cámara estudia las consecuencias que la resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales puede tener en el destino de los datos y contenidos generados por los usuarios, cuestionando si cabría extenderlas a otros supuestos de extinción contractual. El autor compara los derechos de acceso, portabilidad y supresión recogidos en el RGPD con el derecho a impedir el uso de los datos y el derecho a recuperarlos establecido en la DCSD para el supuesto de resolución, advirtiendo sobre la necesidad de diferenciar entre los contenidos que deban ser catalogados como datos personales (a los que se aplicaría el RGPD) y aquellos otros que no constituyan datos personales. Concluye que, si bien cuando se trata de datos personales los derechos reconocidos en el RGPD protegen eficazmente al usuario, no ocurre lo mismo cuando los contenidos digitales no tienen tal carácter, en cuyo caso las facultades de recuperar los datos e impedir su uso establecidas en la Directiva tienen un efecto muy limitado. El tercer trabajo de esta sección, del que es autora Rosa M<sup>a</sup> García Pérez, estudia la interacción entre la normativa de protección de datos y la normativa de protección de consumidores establecida en la DCSD. En particular, advierte sobre la necesidad de diferenciar entre el consentimiento contractual y el consentimiento al tratamiento de datos, que debe reunir los requisitos exigidos en el RGPD, lo que significa que debe emitirse separadamente del consentimiento contractual, de forma libre, granular (es decir de forma independiente para cada finalidad del tratamiento), inequívoca y mediante una acción afirmativa. Se refiere a otras posibles bases de legitimación del tratamiento de datos (v. gr. datos necesarios para la ejecución del contrato; interés legítimo) y aborda, por último, la posibilidad de que el incumplimiento de la normativa de protección de datos por parte del proveedor de contenidos o suministros digitales pueda determinar una falta de conformidad que permita acudir a los remedios previstos en la reiterada Di-

rectiva. Para finalizar este bloque Ginebra Molins estudia el destino de los bienes digitales del sujeto tras su muerte. En este ámbito existen aspectos patrimoniales y personales involucrados, lo que explica que unos ordenamientos aborden la cuestión desde una perspectiva eminentemente patrimonial y/o sucesoria mientras que otros lo hagan tomando como punto de partida la protección de datos personales. La autora contrasta la regulación contenida en la Ley catalana de Voluntades digitales, que parte del primer punto de vista, y es sumamente respetuosa con las limitaciones que derivan de los contratos celebrados por el difunto con el proveedor de servicios de internet, y la LOPD. Esta última regula la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos personales, pero, como bien indica la autora, parece más bien una ley de “desprotección de datos y contenidos digitales” pues parte de la regla de acceso de por defecto a los contenidos y datos personales del fallecido, y concede legitimación a un gran número de personas para obtener dicho acceso.

La tercera sección del libro comienza con un trabajo de Joana Campos Carvalho, que estudia el concepto de plataforma on line, su papel en la conclusión del contrato y el marco legal europeo al respecto. Aunque las plataformas on line suelen presentarse como meros intermediarios, en muchos casos pueden ser considerados como la verdadera parte contractual, como sucede, en su opinión, con Uber. Tras analizar las posibles figuras contractuales que podrían cubrir la estructura triangular propia de este modelo de negocio (v. gr. contrato de agencia, por persona a designar) concluye, con apoyo en la normativa portuguesa y ciertas resoluciones del TJUE (SS. 9-11-2016, C-149/15; 20-12-17, C-434/15) que la responsabilidad de Uber frente al usuario excede la de mero intermediario. A continuación, examina las normas europeas que actualmente regulan algún aspecto de las plataformas on line y la propuesta de reglas modelo sobre plataformas online del *European Law Institut*. En la siguiente contribución, Raúl Lafuente Sánchez se ocupa de las medidas establecidas en el Reglamento sobre Bloqueo Geográfico Injustificado para garantizar que las empresas que venden bienes o prestan servicios a través de internet puedan hacer inaccesibles sus interfaces a consumidores de otros países o zonas geográficas. Aunque este Reglamento, al igual que las DCSD y DVC, no modifica el marco legal preexistente para la determinación de la compe-

tencia judicial internacional y la ley aplicable, el concepto de “actividad dirigida” que emplea para definir su objeto y ámbito de aplicación, suscita una serie de problemas que se analizan en este trabajo. Para terminar esta sección, Agustín V. Ruiz Vega y Consuelo Riaño Gil, especialistas en Comercialización e Investigación de Mercados, estudian aquellos aspectos involucrados en el comercio electrónico, como la calidad estética del sitio web, su facilidad de uso, la calidad de los contenidos publicados, o la garantía de privacidad, que pueden (o no) tener influencia en las tendencias de compra del consumidor, así como en su intención de volver a utilizar el sitio web y recomendarlo a otros usuarios. El estudio se completa analizando si la conducta de compra de los internautas varía o no en función del dispositivo electrónico utilizado.

El siguiente bloque de la obra comentada aborda el papel de las plataformas de internet en la lesión de derechos de propiedad intelectual y otros derechos. En primer lugar, Esther Arroyo explica que las nuevas modalidades de servicios y plataformas digitales -muchos de las cuales no encajan en la tipología inicialmente recogida en la Directiva 2000/31 para los servicios de intermediación (acceso, memoria tampón y alojamiento)- obliga a replantearse el rol de los intermediarios en internet. Con tal fin analiza cómo ha ido evolucionando la interpretación, por parte del TJUE y de los tribunales de los Estados miembros, de ciertos elementos claves del sistema de exoneración de responsabilidad establecido en la Directiva 2000/31 (neutralidad del intermediario, control editorial, conocimiento de la ilicitud, etc.). Concluye que la tendencia actual –plasmada en parte en la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital- se dirige a ampliar las obligaciones de control preventivo de las plataformas lo que podría entrar en conflicto con la libertad de expresión y el propio negocio de internet. Seguidamente Gerald Spindler expone el contenido del art 17 de la mencionada Directiva 2019/790, que impone a los proveedores de servicios de intercambio de contenidos la obligación de obtener licencia de los eventuales titulares de derechos de propiedad intelectual. A continuación, analiza la posibilidad de que el sistema instaurado en este precepto afecte distintos derechos fundamentales (v. gr. libertad de empresa, libertad de expresión, de información). A partir de ahí describe las cautelas que, en la interpretación y transposición de la

norma, serían necesarias para evitar esa afectación, incidiendo en la necesidad de evitar que el deber de verificar los contenidos de la plataforma para comprobar si se requieren licencias se convierta en una obligación general de supervisión. La tercera contribución de este bloque temático, cuyo autor es José Manuel Ventura Ventura, da cuenta de otra de las novedades incorporadas en la señalada Directiva 2019/790: el reconocimiento, a las editoriales de medios de prensa en línea, de específicos derechos de propiedad intelectual, en concreto los derechos de reproducción y puesta a disposición al público. El autor explica las razones que han dado lugar a estos derechos afines -con los que se pretende evitar los problemas suscitados por el uso no autorizado de publicaciones de prensa por parte de servicios de la sociedad de información-, analiza su contenido y alcance y se pronuncia sobre sus posibles consecuencias en el futuro.

La obra finaliza con un último apartado que trata sobre la identificación electrónica en los servicios financieros y los accidentes causados por vehículos automatizados y autónomos. Del primer tema se ocupan Lina Dagiliené y Paulius Astromskis, que ponen de relieve la importancia de la identificación en el ámbito digital y en particular, en las transacciones financieras, donde la imposibilidad de probar la propia identidad puede llevar a la exclusión del mercado. Tras realizar un análisis histórico de la regulación europea sobre identificación electrónica se centran en los desa-

ños que presentan los métodos de identificación digital que, si bien están en permanente desarrollo –especialmente en el campo biométrico y del blockchain- presentan todavía fisuras en relación con la privacidad, ciberseguridad y otros aspectos como el almacenamiento de datos. En cuanto al segundo tema, Mónica Navarro Michel comienza su trabajo precisando las diferencias entre vehículos autónomos, automatizados y conectados. Después analiza la posibilidad de aplicar la normativa sobre circulación de vehículos de motor a los accidentes provocados por vehículos autónomos, teniendo en cuenta las soluciones sugeridas en el Informe del Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías y las adoptadas en otros ordenamientos. Concluye que el régimen de accidentes de tráfico, en su opinión preferible al de responsabilidad por productos defectuosos, sería apto, con algunas modificaciones, para resolver los daños causados por vehículos autónomos.

Como puede verse, el libro comentado aborda temas de enorme interés y actualidad que proporcionan una visión amplia y certera sobre los numerosos problemas que, en el campo del Derecho privado, suscita el desarrollo tecnológico y la imparable digitalización de nuestra sociedad. En este sentido, resulta de obligada lectura para todo aquél investigador interesado en los desafíos legales que generan las nuevas tecnologías, que encontrará en este libro un claro estímulo para continuar adentrándose en este campo.

# 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).